

ما شاء الله لا قوة الا بالله

(الجزء السابع)

من نتائج الافكار في كشف الرموز والاسرار
لمولانا شمس الدين أحمد بن قودر المعروف بقاضى
زاده أفندى قاضى عسكرى روملى
وهى تكملة فتح القدير للحقق
الكامل بن الهمام رحمه
الله تعالى آمين

وبهامشه شرح العناية على الهداية للإمام أكل الدين محمد بن محمود الباري
المتوفى سنة ٧٨٦ وحاشية المولى المحقق سعد الله بن عيسى المفتى الشهير بسعدى
جلبي وبسعدى أفندى المتوفى سنة ٩٤٥ على شرح العناية المذكور وعلى الهداية

﴿تقديمه﴾ قد جهلنا الهداية والتكملة في الصلب الاول في صدر الصحيفة
وبليه الثانى مفصولا بينهما جدول وكذلك جعلنا شرح العناية وحاشية سعدى جلبي
الاول في صدر الهامش وبليه الثانى فليعلم

(محل بيعه مكتبة السيد محمد عبد الواحد بك الطوبى وأخيه بحوار المسجد الحسينى بمصر)

﴿الطبعة الاولى﴾

بالمطبعة الكبرى الاميرية ببولاق مصر المحمية

سنة ١٢١٧

هجريه

(بالقسم الادبى)

باب اقرار المريض

أقر اقرار المريض في باب
على حدة لا اختصاصه
بأحكام ليست الصحيح وأنه
لأن المرض بعد الصحة
قال (واذا أقر الرجل
في مرض موته الخ) إذا
مرض المسدون ولزمته
ديون حال مرضه بأسباب
معلومة مثل بدل مال ملكه
أو استهلكه أو مهر مثل
امرأة تزوجها وعلم معاينة
أو أقر في مرضه بديون غير
معلومة الأسباب فديون
الصحة والتي عرفت
أسبابها مقدمة على الديون
المقر بها (وقال الشافعي
دين الصحة ودين المرض)
سواء كان بسبب معلوم
أولا (يستويان لاستواء
سببهما وهو الاقرار الصادر
عن الأهل) إذا الغرض فيه
المضاف إلى محله وهي
الذمة القابلة للحقوق

باب اقرار المريض

قال المصنف (واذا أقر
الرجل إلى قوله مقدم)
أقول التعبير عن المقر به
تارة بصيغة الجمع وتارة
بصيغة المفرد دلالة على أنه
لا فرق بين الدين والديون في
الحكم قال المصنف (وقال
الشافعي دين المرض ودين
العمية إلى قوله ومناكحة)

(بسم الله الرحمن الرحيم)

باب اقرار المريض

قال (واذا أقر الرجل في مرض موته بديون وعليه ديون في صحته وديون لزمته في مرضه بأسباب معلومة
فدين الصحة والدين المعروف للأسباب مقدم) وقال الشافعي رحمه الله دين المرض ودين الصحة يستويان
لاستواء سببهما وهو الاقرار الصادر عن عقل ودين

باب اقرار المريض

لما فرغ من بيان أحكام اقرار الصحيح شرع في بيان أحكام اقرار المريض لأن المرض بعد الصحة
وأقرده بباب على حدة لا اختصاصه بأحكام ليست الصحيح (واذا أقر الرجل في مرض موته بديون)
أي بديون غير معلومة الأسباب (وعليه ديون في صحته وديون لزمته في مرضه) أي في مرض موته
(بأسباب معلومة) متعلق بلزمته أي لزمته بأسباب معلومة مثل بدل مال ملكه أو استهلكه أو مهر مثل
امرأة تزوجها وعلم معاينة (فدين الصحة والدين المعروف للأسباب مقدم) على ما أقر به في مرضه إلى
هنا لفظ القدوري في مختصره قال المصنف (وقال الشافعي دين المرض) سواء كان بسبب معلوم أو
بإقراره (ودين الصحة يستويان لاستواء سببهما وهو الاقرار الصادر عن عقل ودين) وانما تعرض

أقول المدعى عام لما ثبت بالاقرار أو بالمعاينة والدليل خاص فينبغي أن يضم إليه أنه لم يفصل أحد بين
الناتج بالاقرار في دين الصحة والناتج بالمعاينة فكذلك يجب أن يكون حال الثابت في المرض ويجوز أن يكون من التنبيه بحال الأدنى
على حال الأعلى ثم أقول القياس على المباينة والمناكحة لأن على كون الاقرار سبب الملك عند الشافعي على ما ذهب إليه بعض
أصحابنا لا دليله على ما هو المختار وأشار إليه المصنف في تقرير دليل أغنتنا (قوله وهو الاقرار الصادر الخ) أقول أي هو الاقرار الصادر عن
الأهل والاقرار المضاف إلى المحل ولكن بقي ههنا شيء وهو أن ظاهر هذا الكلام لا يطاق المشروح

ومن يتوكل على الله
فهو حسب

فصار كانشاء التصرف مبايعة أو منة وكذا وانما تعرض لوصف العقل والدين لانهم المانعان عن الكذب في الاخبار والاقرار اخبار عن الواجب في ذمته ولا تفاوت في ذلك بين صحة المقر ومرضه (ولنا أن الاقرار غيره معتبر اذا تضمن ابطال حق الغير واقرار المريض تضمنه لان حق غرماء الصحة تعلق به هذا المال استيفاء ولهذا منع من التبرع والمحاباة) أصلاً (أذا ٣) احاطت الدين بماله وبالزيادة على الثلث

اذا لم يكن عليه دين وفي هذا التوضيح جواب عما ادعى الشافعي من الاستواء بين حال الصحة والمرض فانه لو كانتا متساويتين لما منع من التبرع والمحاباة في حال المرض كما في حال الصحة فان قيل الاقرار بالوارث في المرض صحيح وقد تضمن ابطال حق بقية الورثة أوجب بأن استحقيق الوارث المال بالنسب والموت جميعاً فلا استحقاق يضاف الى آخرهما وجودا وهو الموت بخلاف الدين فانه يجب بالاقرار بالاموت

ومحمل الوجوب الزمة القابلة للحقوق فصار كانشاء التصرف مبايعة ومناحة (ولنا أن الاقرار لا يعتبر دليلاً اذا كان فيه ابطال حق الغير وفي اقرار المريض ذلك لان حق غرماء الصحة تعلق بهذا المال استيفاء ولهذا منع من التبرع والمحاباة لا بقدر الثلث

لوصفي العقل والدين لانهم المانعان عن الكذب في الاخبار والاقرار اخبار عن الواجب في الذمة ولا تفاوت في ذلك بين صحة المقر ومرضه بل بالمرض زداد جهة ربحاً والصدق لان المرض سبب التورع عن المعاصي والالتزام بما جرى في الماضي فلا حترار عن الكذب في هذه الحالة أكثر فكان جهة قبول الاقرار فيه أو فرقاً في الشروع واعتراض بعض الفضلاء على تقرير دليل الشافعي بالوجه الذي ذكره المصنف حيث قال فيه كلام وهو ان هذا الدليل انما يفيد مساواته للدين الثابت بالاقرار في الصحة فلا يطابق المدعى كما لا يخفى والاولى أن يقال وعند الشافعي الدين في المرض يساوي الدين في الصحة لاستواء السبب المعلوم والاقرار انتهى كلامه (أقول) يمكن أن يجاب عنه بأن هذا الدليل اذا أفاد مساواة دين المرض للدين الثابت بالاقرار في الصحة فقد أفاد مساواته للدين الثابت بالمعينة أيضاً بناء على عدم الغائل بالفصل بين دينك الدينين ويطلق على مثل ذلك الاجماع المركب كما تقرر في علم الاصول وأراد بعض الفضلاء أن يجيب عنه بوجه آخر حيث قال المدعى عام لما ثبت بالاقرار أو بالمعينة والدليل خاص ثم قال ويجوز أن يكون من التنبيه بحال الأدنى على حال الأعلى (أقول) لا حاصل له ههنا لانه ان أراد أنه يجوز أن يكون من التنبيه بمساواة دين المرض لادنى ديني الصحة وهو الدين الثابت بالاقرار في الصحة على مساواته لا على ديني الصحة وهو الدين اللازم في الصحة بأسباب معلومة فليس بصحيح اذ لا يلزم من وصول الشيء الى رتبة الأدنى وصوله الى رتبة الأعلى فكيف يجوز التنبيه بالأول على الثاني وان أراد أنه يجوز أن يكون من التنبيه بمساواة أدنى ديني المرض وهو الدين الثابت بالاقرار في المرض للدين الثابت بالاقرار في الصحة على مساواة أعلى ديني المرض وهو الدين اللازم في المرض بأسباب معلومة للدين الثابت بالاقرار في الصحة فهو مسلم اذ يلزم من وصول الأدنى الى رتبة شيء وصول الأعلى الى رتبة ذلك الشيء بالاولوية لكنه لا يجدي شيئاً ههنا اذ الكلام في قصور الدليل المذكور عن افادة مساواة دين المرض للدين اللازم في الصحة بأسباب معلومة مع عموم المدعى وهذا لا يندفع بذلك على أن مساواة الدين اللازم في المرض بأسباب معلومة لدين الصحة مما لا نزاع فيه فلا فائدة في التنبيه عليه أصلاً (ومحمل الوجوب الذمة القابلة للحقوق) وهي ذمة الحر البالغ العاقل وهي في حالي الصحة والمرض سواء فاستوى دين المرض ودين الصحة في سبب الوجوب وفي محله فيستويان في الوجوب واذا استويا وجوبا استويا استيفاء (وصار كانشاء التصرف مبايعة ومناحة) أي صار اقراره في المرض كانشاء التصرف بالبيع والشكاح في حالة المرض وذلك مساو لنصرفه في حالة الصحة فكذلك ههنا (ولنا أن الاقرار لا يعتبر دليلاً اذا كان فيه ابطال حق الغير) أي اذا تضمن ابطال حق الغير كالمورهن أو أجر شيئاً ثم أقر أنه لغيره فانه لا ينفذ اقراره في حق المرتين والمستأجر لتعلق حقه بماله (وفي اقرار المريض ذلك) أي ابطال حق الغير (لان حق غرماء الصحة تعلق بهذا المال) يعني مال المريض (استيفاء) أي من حيث الاستيفاء (ولهذا منع) أي المريض (من التبرع والمحاباة لا بقدر الثلث) قال صاحب

قال المصنف (لان حق غرماء الصحة الخ) أقول وجه هذا يخرج الجواب عن قوله ومحمل الوجوب الذمة فان الدين يتعلق بالمال عند الموت لخسار الذمة وسبب الموت المرض فيستند حكم الخراب الى أول المرض ويصير كأن الدين متعلق بالمال عند الاقرار اليه أشير في المبسوط قال المصنف (ولهذا منع من التبرع الخ) أقول التفريق بظاهره غير مستقيم كالأ

يجوز على المتأمل ثم رأيت في الكفاية ما يتوهم كونه جواباً عن ذلك وهو هذا استدلال بالعام ليحصل التقريب بالاولوية وهو ان المريض لما تعلق بماله حق الوارث لا يعتبر تبرعه الا من الثلث فاذا منع من التبرع فيما اذا تعلق به حق الوارث وهو أضعف الحقين فلا ينبغي فيما اذا تعلق به حق الغير وهو أقوى أولى اه وأنت خير بأن عدم استقامة التفريع باق بعد

بخلاف النكاح لأنه من الحوائج الأصلية وهو بمهر المثل

النهاية أي فيما إذا لم يكن عليه دين وأما إذا كانت الديون محيطة بماله فلا يجوز تبرعه أصلاً في الثلث وما دونه انتهى واقتضى أثره صاحب العناية في حل هذا المحل بمـ هذا المعنى ولكن غير العبارة حيث قال ولهذا منع من التبرع والمحاباة أصلاً إذا أحاطت الديون بماله وبالزيادة على الثلث إذا لم يكن عليه ديون انتهى (أقول) ليس هذا بشرح صحيح إذا الظاهر من قوله ما إذا لم يكن عليه دين إذا لم يكن عليه شيء من الديون أصلاً بغير تنقيح وقوع النكحة في سياق النفي حينئذ يصير معنى كلام المصنف وتعلق حق غرماء الصحة بمال المريض منع من التبرع والمحاباة بالزيادة على الثلث فيما إذا لم يكن على المريض دين أصلاً ولا يخفى أن هذا معنى لغوي يناقض آخره لأنه إذا لم يكن على المريض دين أصلاً لم يتصور تعلق حق الغرماء بماله فالوجه في حل هذا المحل أن يقال ما ذكره المصنف فيما إذا كان عليه ديون ولكن لم تحط بماله وأما إذا أحاطت الديون بماله فيمنع من التبرع مطلقاً أي بالثلث وبما دونه نعم منع المريض من التبرع والمحاباة بالزيادة على الثلث وإن لم يكن عليه دين أصلاً لكن ذلك ليس لتعلق حق الغرماء بماله بل لتعلق حق الورثة به فالمنع لأجل تعلق حق الغرماء بماله كما هو متفق قول المصنف ولهذا منع إنما يتصور في صورة تحقق الدين عليه كما لا يخفى على ذي مسكة ثم إن جمهور الشراح قالوا في قول المصنف ولهذا منع من التبرع والمحاباة لا بد من التمسك بجواب عما ادعاه الشافعي من استواء حال الصحة وحال المرض فإنه لو كانتا متساويتين لما منع من التبرع والمحاباة في حال المرض كما لا يمنع عنهما في حال الصحة (أقول) برده عليه أن يقال لم لا يجوز أن يكون منعه من التبرع والمحاباة بالزيادة على الثلث في حالة المرض لتعلق حق الورثة بماله في تلك الحالة لا لتعلق حق الغرماء به ألا يرى أنه يمنع من ذلك في تلك الحالة وإن لم يكن عليه دين أصلاً فلا يتم الجواب عما ادعاه الشافعي لأن ما ادعاه استواء حالتي الصحة والمرض في حق غرماء الصحة والمرض لا في حق الورثة ثم أقول كان الحق على المصنف أن يقول بدل قوله المذكور ولهذا منع من التبرع والمحاباة أصلاً إذا أحاطت الديون بماله أذ يتم الجواب حينئذ عما ادعاه الشافعي قطعاً وبصح التفريع على ما قبله بلا غبار كما لا يخفى على النظم وكان الامام الزيلعي تبيينه لقصور ما ذكره المصنف ههنا في التفريع حيث قال في شرح الكنز بدل ذلك ولهذا منع من التبرع والمحاباة مطلقاً في حقهم غير مقدر بالثلث لكن فيما قاله أفرط كما كان فيما قاله المصنف تقريراً لأن منعه من التبرع والمحاباة مطلقاً في حقهم غير مقدر بالثلث ليس بمطلق بل فيما إذا أحاطت الديون بماله وأما فيما إذا لم تحط به فقد بالثلث والظاهر من كلامه الاطلاق فكان فيه أفرط فالحق الذي لا يحد عنه في تنقيح الكلام ههنا لا فائدة تمام المقصود ما نهينا عنه آنفاً فان قيل الاقرار بالوارث في المرض صحيح مع أنه يبطل به حق سائر الورثة فلم يصح الاقرار بالدين في المرض إذا كان فيه ابطال حق غرماء الصحة مع استوائهما في ابطال حق الغير قلنا استحقاق الوارث المال بالنسب والموت جميعاً فلا استحقاق يضاف إلى آخرهما وجودا وهو الموت ألا يرى أن شاهد ذي النسب قبل الموت إذا رجع بعده الموت والشهود له أخذ المال لم يضم شيئاً فأما الدين فلم يجب بالموت بل يجب بالاقرار كذا في المسبوط والاسرار (بخلاف النكاح) جواب عما استشهد به الشافعي من انشاء النكاح بمعنى لا يلازمنا ذلك (لأنه من الحوائج الأصلية) قال بقاء النفس بالناسل ولا طريق للناسل إلا بالنكاح والمرء غير ممنوع عن صرف ماله إلى الحوائج الأصلية وإن كان ثمة دين الصحة كالصرف إلى ثمن الأدوية والأغذية (وهو أي النكاح بمهر المثل) هذه جملة حاله يعني أن النكاح من الحوائج الأصلية حال كونه بمهر المثل وأما الزيادة على ذلك فباطلة والنكاح جائز كذا في العناية قال بعض الفضلاء فيه بحث فإن النكاح من الحوائج الأصلية مطلقاً (أقول) كون

من الحوائج الأصلية والمرء غير ممنوع من الحوائج الأصلية وإن كان ثمة دين الصحة كالصرف إلى ثمن الأدوية والأغذية (قوله وهو بمهر المثل) يجوز أن يكون حالاً يعني أن النكاح من الحوائج الأصلية حال كونه بمهر المثل وأما الزيادة على ذلك فباطلة والنكاح جائز فان قيل لو تزوج شيخ فان رابعة جاز وليس محتاج إليها لم يكن من الحوائج الأصلية أجب بان النكاح في أصل الوضع من مصالح المعيشة والعبرة لأصل الوضع لا للحال فان الحال عمالاً يوقف عليها

قال المصنف (بخلاف النكاح لأنه من الحوائج الأصلية) أقول سيجي ان قضاء الدين أيضا من الحوائج الأصلية وابطال حق الغرماء مشترك فان البضع ليس بمال متقوم فما الفرق وجوابه أنه لم يظهر ثبوت الدين هنا لمكان التهمة حتى يكون قضاؤه من الحوائج فليتنامل (قوله وهو بمهر المثل) أقول هذه جملة معقضة (قوله يجوز أن يكون حالاً) أقول يعني من المستتر في الخبر (قوله يعني ان النكاح من الحوائج الأصلية حال كونه

(قوله وبخلاف المبايعة) يعني ان المبايعة بمثل القيمة لا تبطل حق الغرماء لانه يتعلق بالمالية لا بالصور والمالية باقية فان قيل لو تعلق حق الغرماء بعمل المديون بطل اقراره بالدين حال الصحة لان الاقرار المتضمن (٥) لابطال حق الغير ليس يعتبر كإقرار

أجاب بقوله (وفي حال الصحة لم يتعلق بالمال لقدرته على الاكتساب فيحقق التبرع) فلم يحتج الى تعليق الغرماء به (وهذه) أي حالة المرض (حالة العجز) عن الاكتساب فينتعلق حقهم به خذرا عن التوى فان قيل سلمنا ذلك لكن اذا أقر في المرض ثانيا وجب أن لا يصح لتعلق حق المقر له الاول بعالمه كما لا يصح في حق غرماء الصحة لذات أجب بقوله (وحال المرض حالة واحدة) يعني أوله وآخره بعد اتصال الموت به حالة واحدة (لانه حالة العجز) فكانا بمنزلة اقرار واحد لحالتي الصحة فيعتبر الاقراران جميعا (بخلاف حالتي الصحة والمرض لان الاولى حالة اطلاق وهذه حالة عجز فبفترقان) فيمنع تعلق غرماء الصحة بعالمه عن اقراره في حالة المرض ولا يمنع الاقرار في أول المرض عن الاقرار في آخره وهذا الدليل أفاد التفرقة بين دين الصحة ودين المرض وبقي الكلام في تقديم الدين المعروفة الاسباب) يعني انما تقدم الدين اللازمة في حالة المرض بأسباب معلومة على الدين الثابت بالاقرار في حالة المرض (لانه لا تهمه في ثبوتها) أي في ثبوت تلك الدين (اذا المعين لامردله) يعني أن ثبوتها بالمعاينة والامر المعين لامردله فتقدم على المقر به في المرض (وذلك) أي ما ذكر من الدين المعروفة الاسباب (مثل بدل مال ملكه) كمن المبيع وبدل القرض (أو استهلكه) أي أربط مال استهلكه (وعلم وجوبه) أي وجوب البديل (بغير اقراره) أي بغير اقرار المريض أن يثبت وجوبه في ثبوتها اذا المعين لامردله

وبخلاف المبايعة بمثل القيمة لان حق الغرماء تعلق بالمالية لا بالصور وفي حالة الصحة لم يتعلق بالمال لقدرته على الاكتساب فيحقق التبرع وهذه حالة العجز وحالنا المرض حالة واحدة لانه حالة العجز بخلاف حالتي الصحة والمرض لان الاولى حالة اطلاق وهذه حالة عجز فافترا وانما تقدم الدين المعروفة الاسباب لانه لا تهمه في ثبوتها اذا المعين لامردله وذلك مثل بدل مال ملكه أو استهلكه وعلم وجوبه بغير اقراره الشكاح من الخواص الأصلية مطلقا ممنوع فان الخواص الأصلية ما يكون من ضروريات الانسان والنكاح بأكثر من مهر المثل ليس من ضرورياته لا مكان حصوله بمهر المثل فان قيل لو تزوج وهو لا يحتاج اليه بسبب أن له نساء جوارى وهو شيخ كبير لا يولد له عادة جاز وهي تشارك غرماء الصحة مع أن هذا النكاح لم يكن من الخواص الأصلية لانه ليس له رجاء لقاء النسل ولا احتياج قضاء لشهوة قلنا الشكاح في أصل الوضع من مصالح المعيشة والعبرة لا يصل الوضع للاحال فان الحال بما لا يوقف عليها ليتنى الامر عليها اليه أشار في الاسرار وذكر في الشرع (وبخلاف المبايعة بمثل القيمة) جواب عما استشهد به الشافعي من انشاء المبايعة يعني ولا يلزمنا المبايعة بمثل القيمة (لان حق الغرماء تعلق بالمالية لا بالصور) والمالية باقية في المبايعة بمثل القيمة وان كانت الصورة فلم يكن في انشاء ذلك ابطال شيء من حقهم بل فيه نحو بل حقهم من محل الى محل يعدله وللبديل حكم المبدل ولما استشهدوا أن يقال لو تعلق حق الغرماء بعمل المديون بطل اقراره بالدين حالة الصحة أيضا لان الاقرار المتضمن لابطال حق الغير غير معتبر كما مر مع أن ذلك ليس بباطل بالاجماع أجب بقوله (وفي حالة الصحة لم يتعلق) حق الغرماء (بالمال) أي بعمل المديون (لقدرته على الاكتساب) أي لقدرته المديون على الاكتساب في تلك الحالة (فيحقق التبرع) أي تبرع المال وهو نكته يقال نعم الله ماله أي كثره فلم تقع الحاجة الى تعلق حق الغرماء بعالمه (وهذه) أي حالة المرض (حالة العجز) عن الاكتساب فينتعلق حقهم بعالمه في هذه الحالة خذرا عن التوى ولما استشهدوا أن يقال سلمنا ذلك لكن اذا أقر في المرض ثانيا ينبغي أن لا يصح لتعلق حق المقر له الاول بعالمه كما لا يصح اقراره في المرض في حق غرماء الصحة لانه يتعلق حقهم بذلك أجب بقوله (وحالنا المرض حالة واحدة) أي حالة أول المرض وحالة آخره بعد أن يتصل به الموت حالة واحدة (لانه) أي لان المرض (حالة العجز) ولهذا يمنع عن التسرع فكان الاقراران في المرض بمنزلة اقرار واحد كان حالتي الصحة حالة واحدة فيعتبر الاقراران جميعا (بخلاف حالتي الصحة والمرض لان الاولى) أي حالة الصحة (حالة اطلاق) للتصرف (وهذه) أي حالة المرض (حالة العجز) عن التصرف قال في غاية البيان لو قال حالنا عجز لكان أولى لكونه أشد من مناسبة بالاطلاق (فاقترا) أي افترق الوجهان أو الحكمان فنفع تعلق حق غرماء الصحة بعالمه عن اقراره في حالة المرض ولم يمنع الاقرار في أول المرض عن الاقرار في آخره ثم إن الدليل المذكور أفاد تقديم دين الصحة على الدين الثابت بالاقرار في حالة المرض وبقي الكلام في تقديم الدين المعروفة الاسباب عليه فقال (وانما تقدم المعروفة الاسباب) يعني انما تقدم الدين اللازمة في حالة المرض بأسباب معلومة على الدين الثابت بالاقرار في حالة المرض (لانه لا تهمه في ثبوتها) أي في ثبوت تلك الدين (اذا المعين لامردله) يعني أن ثبوتها بالمعاينة والامر المعين لامردله فتقدم على المقر به في المرض (وذلك) أي ما ذكر من الدين المعروفة الاسباب (مثل بدل مال ملكه) كمن المبيع وبدل القرض (أو استهلكه) أي أربط مال استهلكه (وعلم وجوبه) أي وجوب البديل (بغير اقراره) أي بغير اقرار المريض أن يثبت وجوبه في ثبوتها اذا المعين لامردله

قال المصنف (لان الاولى حالة اطلاق وهذه حالة عجز) أقول الانسب بقوله حالة اطلاق أن يقال حالة عجز بسبقني اليه الانتقائي (قوله بين دين الصحة ودين المرض) أقول الثابت بالاقرار والاضافة للعهد

فتقدم على المقر به وتصير
مثل دين الصحة (لا يقدم
أحدهما على الآخر
لما بينا) أنه من الحوائج
الاصلية يعنى في النكاح
ولاته - مة في ثبوته في غيره
قال (ولو أقر بعين في
يده لا تخلم بصح) الاقرار
بالعين في المرض كالقرار
بالدين فيه بمنعه عن ذلك
تعلق حق الغرماء بالعين
(ولا يجوز للريض أن يقضى
دين بعض الغرماء دون بعض)
سواء كانوا غرماء الصحة أو
المرض أو مختلطين (لأن في
ذلك ابطال حق الباقيين)
فلا يصح فإن فعل ذلك لم
يسلم المقبوض للقابض بل
يكون بين الغرماء بالخصص
عندنا وقال الشافعي سلم له
ذلك لان المريض ناظر
لنفسه فيما يصنع فربما
يقضى من يخاف أن لا يسامحه
بالإبراء بعد موته ويخاصمه
في الآخرة والتصرف على
وجه النظر غير مردود
والجواب ان النظر لنفسه
انما يصح اذا لم يبطل حق غيره
(قوله ولا لتهمة في ثبوته في
غيره) أقول فيه بحث فان
الظاهر من كلام المصنف
ان قوله لتهمة في ثبوتها بم
النسج وغـيره قال
الاتقاني قوله لما بينا اشارة
الى قوله اذا المعان لامردله
اه وفيه بحث أيضا

أو تزوج امرأة بمهر مثلها وهذا الدين مثل دين الصحة لا يقدم أحدهما على الآخر لما بينا ولو أقر بعين
في يده لا تخلم بصح في حق غرماء الصحة لتعلق حقهم به ولا يجوز للريض أن يقضى دين بعض الغرماء
دون البعض لان في اشارة البعض ابطال حق الباقيين

بعمانية القاضي أو بالينة (أو تزوج امرأة بمهر مثلها) هذا عطف على بدل مال ملكه أو استملكه
بحسب المعنى كأنه قال أو مهر مثل امرأة تزوجها فإنه أيضا من الديون المعروفة الاسباب (أقول)
الظاهر أن كون العلم بوجوبه بغير اقرار المريض شرط في هذا المثال أيضا والا كان مما يشتب باقرار
المريض فلا يصح مثالا لما يقدم عليه من الديون المعروفة الاسباب وإذا كان ذلك شرطا في هذا
أيضا لا يرى في تأخير المصنف عن قوله وعلم وجوبه بغير اقراره وجه وجيه (وهذا الدين) يعنى
الدين اللازم في المرض بأسباب معلومة (مثل دين الصحة لا يقدم أحدهما على الآخر لما بينا) أشار به
الى قوله لانه لاتم - مة في ثبوتها فان تلك العلة أعنى عدم التهمة في الثبوت كما تنشى في الدين اللازم في
المرض بأسباب معلومة بناء على ان المعان لامردله كذلك تنشى في دين الصحة مطلقا أما فيما لم يرد
الصحة بأسباب معلومة فبناء على ان المعان لامردله وأما فيما ثبت في الصحة بالاقرار فبناء على أن لا يكون
فيه ابطال حق الغير كما في اقرار المريض هذا وقال صاحب غاية البيان قوله لما بينا اشارة الى قوله
اذا المعان لامردله (أقول) ليس هذا ابتداء لان تلك العلة أعنى قوله اذا المعان لامردله لا تنشى فيما اذا
ثبت دين الصحة بالاقرار اذا ثبت بالقرار ليس من المعان فلا يظهر بها أن لا يقدم هذا الدين على دين
الصحة مطلقا بخلاف ما ذكرناه وقال صاحب العناية لما بينا انه من الحوائج الاصلية يعنى في النكاح
ولاته في ثبوته في غيره انتهى (أقول) هذا تكلف مستغنى عنه فان قول المصنف لانه لاتهمة في ثبوتها
مع قرينه في الذكر وشهده للدين اللازم بسبب النكاح والدين اللازم بسبب غيره جميعا كيف لا يكتفى
به في شرح قوله ههنا لما بينا في صراحة الى توزيع قوله لما بينا الى قوله لانه لاتهمة في ثبوتها الى قوله في بعضه
بخلاف النكاح لانه من الحوائج الاصلية وهو بمهر المثل كما يقتضيه تقرير صاحب العناية وقال صاحب
النهاية ومعرّاج الدراية قوله لما بينا اشارة الى قوله لانه من الحوائج الاصلية وقوله لانه لاتم - مة في ثبوتها
(أقول) ان أراد أن قوله لما بينا اشارة الى قوله لانه من الحوائج الاصلية وقوله لانه لاتم - مة في ثبوتها
صاحب العناية فيرد عليه ما يرد عليه من أنه تكلف مستغنى عنه كما بينا وان أراد انه اشارة الى قوله
المذكورين بطريق الاستقلال يعنى أن كل واحد منهما يصلح أن يكون علة مستقلة لتكون الديون
المعروفة الاسباب مطلقا مثل دين الصحة لا يقدم أحدهما على الآخر فليس بصحيح لان قوله لانه من
الحوائج الاصلية وهو بمهر المثل مخصوص بالنكاح وليس كثير من اسباب تلك الديون من الحوائج
الاصلية قط فلا يتم المقصود (ولو أقر) أى المريض (بعين في يده لا تخلم) سواء كانت العين أمانة
أو مضمونة (لم يصح) اقراره (في حق غرماء الصحة لتعلق حقهم به) أى بما أقر به ذكر المصنف هذه
المسئلة تفريعا على مسئلة القدورى ومفادها ان الاقرار بالعين في المرض كالقرار بالدين فيه
(ولا يجوز للريض أن يقضى دين بعض الغرماء دون البعض) خلافا للشافعي ذكر المصنف هذه المسئلة
أيضا تفريعا على مسئلة القدورى وقال في تعليلها (لان في اشارة البعض ابطال حق الباقيين)
وهو لا يصح فان فعل ذلك لم يسلم المقبوض للقابض بل يكون ذلك بين الغرماء بالخصص عندنا نص
عليه في المبسوط وغيره وقال الشافعي المقبوض سالم للقابض لان المريض ناظر لنفسه فيما يصنع
فربما يقضى دين من يخاف أن لا يسامحه بالإبراء بعد موته بل يخصمه في الآخرة والتصرف على وجه

وغرماء الصحة والمرض في ذلك سواء الا اذا قضى ما استقرض في مرضه أو نقدت ما اشترى في مرضه وقد علم بالبينه قال (فإذا قضيت) يعني الديون المقدمة (وقضيت شيء يصرف إلى ما أقرب به في حالة المرض) لأن الاقرار في ذاته صحيح وانما رد في حق غرماء الصحة فإذا لم يبق حقهم ظهرت صحتهم قال (وان لم يكن عليه ديون في صحتهم جاز اقراره) لأنه لم يتضمن ابطال حق الغير

النظر غير مردود والجواب ان النظر لنفسه انما يصح اذا لم يبطل حق غيره (وغرماء الصحة والمرض في ذلك سواء) أي وغرماء الصحة وغرماء المرض الذين كانوا غرماء في الديون المعروفة الاسباب سواء في عدم جواز اشارة البعض على البعض بقضاء الدين والعلة اشتركت الكل وتساوهم في تعلق حقهم بمال المريض (الا اذا قضى ما استقرض في مرضه) هذا استثناء من قوله ولا يجوز للرخص أن يقضى دين بعض الغرماء دون البعض وقوله في مرضه متعلق بالفعلين جميعاً أعني قضى واستقرض فالعني الا اذا قضى في مرضه ما استقرض في مرضه وكذلك قوله (أو نقدت ما اشترى في مرضه) أي نقدت في مرضه عن ما اشترى في مرضه (وقد علم) وجوبه (بالبينه) أي والحال أنه قد علم وجوب كل واحد من القضاء والنقد بالبينه أو بماينة القاضي فينبذ يجوز أن يخص المريض المقرض والبائع بقضاء دينهما وبسليم المقبوض لهما ولا يشاركون في ذلك غيرهما لأنه لم يبطل حق الغرماء بل انما حوله من محل إلى محل بعدله وكان تعلق حقهم بالمالية لا بالصورة والمالية لم تفت بالتحويل وفي المبسوط رأيت لورد ما استقرضه بعينه أو فسخ البيع ورد المبيع أو كان يمتنع سلامته لردود عليه لحق غرماء الصحة لا يمتنع ذلك فكذلك اذا رد بده لأن حكم البذل حكم المبدل قال في النهاية وذكر في الذخيرة وأوضح من هذا اذ قال فان قضى المريض ديون هؤلاء أهل لغرماء الصحة أن يشاركونهم فيما قبضوا قالوا لا يشاركون المقرض والبائع ويشاركون المرأة والا جرح لأن المريض بقضاء دين المقرض والبائع لم يبطل حق غرماء الصحة لماذا كرنا أن حق غرماء الصحة في معنى مال المريض لا في أعيانه وهذا لا يكون ابطالا لحقهم بل كان نقلاً لحقهم وله ولاية النقل الا يرى أنه لو باع ماله ليوفي حقوقهم كان له ذلك فاما في النكاح والاجارة فبعض المهر والاجار يبطل حق غرماء الصحة عن عين المال وعن ماليته لأن ما وصل اليه من المنفعة لا يصل لقضاء حقوقهم فصار وجود هذا العوض في حقهم وعدمه بمنزلة فكان ابطالا لحقهم وليس له ولاية ابطال انتهى (قال) أي القدروري في مختصره (فإذا قضيت) على صيغة المجهول وفسر المصنف القائم مقام الفاعل بقوله (يعني الديون المقدمة) وأراد بالديون المقدمة ديون الصحة والديون اللازمة في المرض بأسباب معلومة (وقضيت شيء) هذا من كلام القدروري يعني وقضيت شيء من التركة بقضاء الديون المذكورة يصرف إلى ما أقرب به في حالة المرض) قال المصنف في تعليقه (لأن الاقرار في ذاته صحيح) أي محمول على الصدق في حق المقرض ودره عن أهله في محله اذ الكلام فيه فيكون حجة عليه (وانما رد في حق غرماء الصحة) لكونه متمماً في حق الغير (فإذا لم يبق حقهم ظهرت صحتهم) أي صحة اقراره في المرض لزوال المانع (قال) أي القدروري في مختصره (وان لم يكن عليه) أي على المريض (ديون في صحتهم جاز اقراره) وان كان بكل ماله قال المصنف في تعليقه (لأنه لم يتضمن ابطال حق الغير) يعني أنه انما رد لتضمنه ابطال حق الغير فإذا لم يتضمن ذلك نفذ اقراره لعدم المانع (أقول) كان الظاهر في وضع المسئلة أن يقال وان لم يكن عليه ديون في صحتهم ولا ديون لازمة في مرضه بأسباب معلومة جاز اقراره لأن الديون اللازمة في المرض بأسباب معلومة متقدمة أيضاً على الدين الثابت بأقرار المقرض كما مر فإذا كان عليه تلك الديون فانه ظاهر أن لا يجوز اقراره وان لم يكن عليه ديون في صحتهم لتضمنه ابطال حق غرماء الديون اللازمة في مرضه بأسباب معلومة

(قوله الا اذا قضى ما استقرض) استثناء من قوله ولا يجوز للرخص ومعناه اذا قضى في مرضه ما استقرض في مرضه أو نقدت ما اشترى كذلك وقد علم ذلك بالبينه أو بالمعينة جاز وسلم المقبوض للقائض لا يشاركونه غيره لأنه لم يبطل حق الغرماء وانما حوله من محل إلى محل آخر بعدله رأيت لورد ما استقرضه بعينه أو فسخ البيع ورد المبيع أو كان يمتنع سلامته لردود عليه لحق غرماء الصحة لا فكذلك اذا رد بده لأن حكم البذل حكم المبدل (فإذا قضيت الديون المقدمة) بنوعها (وقضيت شيء) صرف إلى ما أقرب به في حالة المرض (لأن الاقرار في ذاته صحيح) أي محمول على الصدق في حقه حجة عليه (وانما رد في حق غرماء الصحة) فإذا لم يبق حقهم ظهرت صحتهم وإذا لم يكن عليه ديون في صحتهم جاز اقراره وان كان بكل المال (لعدم تضمنه ابطال حق الغير

(قوله أو نقدت ما اشترى في مرضه) أقول يعني نقدت في مرضه

(وكان المفردة الأولى من الورثة) لقول عمر رضي الله عنه إذا أقر المرء بدين جاز ذلك عليه في جميع تركته
ولأن قضاء الدين من المبرأج الأصلية وحق الورثة يتعلق بالتركة بشرط الفراغ ولهذا تقدم حاجته
في التكفين قال (ولو أقر المرء بدين لوارثه لا يصح إلا أن يصدق فيه بقيمة الورثة) وقال الشافعي
في أحد أقواله يصح

(وكان المقرلة أولى من الورثة لقول عمر رضي الله عنه إذا أقر المريض بدين جاز ذلك عليه في جميع تركته) فان قيل الشرع قصر تصرف المريض على الثلث لقوله عليه الصلاة والسلام الثلث والثلث كثير وذلك أقوى من قول عمر أجيب بأن ذلك في الوصية وما في معناها والاقرار لا جنبي ليس من ذلك كما سبأني (ولان قضاء الدين من الحوائج الأصلية) لان به رفع الحائل بينه وبين الجنة وحق الورثة يتعاق بان تركته بشرط الفراغ عن الحاجة ولهذا يقدم تجهيزه وتكفينه قال (ولو أقر المريض لوارثه لا يصح) واقرار المريض لوارثه باطل سواء أقر بعين أو بدين (الآن أن يصدقه ببقية الورثة وقال الشافعي في أحد قوله يصح)

(قوله کاسیانی) أقول فی
آخر الصحيفة

(وكان المقرله أولى من الورثة) هذا من كلام القدوري أيضا قال المصنف في تعليقه (القول عمر رضي الله عنه إذا أقر المريض بدين جاز ذلك عليه في جميع تركته) والآخر في مثله كالخبر لأنه من المقذوبات فلا يدركه بالقياس فيجعل على أنه سمعه من النبي صلى الله عليه وسلم كذا في التبيين قال صاحب غاية البيان فيه نظر لأنه روي في مسبوخ خواهر زاده وغيره عن ابن عمر لا عرو وكذا روي في الأصل حديث محمد بن الحسن فقه عن يعقوب عن محمد بن عبد الله عن نافع عن ابن عمر أنه قال إذا أقر الرجل في مرضه بدين لرجل غير وارث فإنه جائز وإن أحاط ذلك بماله (أقول) هذا النظر غير وارد لأن كونه مرويا عن ابن عمر لا ينافي كونه مرويا عن عمر أيضا فيجوز أن يسنده بعض الفقهاء في النقل إلى أحدهما كما وقع في الكتب التي ذكرها وبعضهم إلى الآخر كما وقع في الهداية والكافي وغيرهما سيما إذا اختلفت عبارة الفريقين في النقل ويؤيد ذلك ما ذكره صاحب البدائع حيث قال ولنا ما روي عن عمر وابنه عبد الله رضي الله تعالى عنهما أنهما قالوا إذا أقر المريض لوارثه لم يحجز وإذا أقر لاجنبي جاز انتهى فتدبر (ولان قضاء الدين من الحوائج الأصلية) ان فيه رفع الحائل بينه وبين الجنة قال النبي صلى الله عليه وسلم الدين حائل بينه وبين الجنة كذا في الشروح (وحق الورثة يتعلق بالتركة بشرط الفراغ) عن الحاجة (ولهذا تقدم حاجته) أي حاجة الميت (في التكفين) والتجهيز (أقول) لقائل أن يقول إن كان قضاء الدين الثابت بأقرار المريض من الحوائج الأصلية لا يتم ما ذكره المصنف فيما مر للفرق بين الدين الثابت بأقرار المريض وبين الدين اللازم عنا كتبه بقوله بخلاف النكاح لأنه من الحوائج الأصلية وهو غير المثل ثم أقول يمكن أن يقال قضاء الدين الثابت بأقرار المريض يكون من الحوائج الأصلية إذا لم يتحقق هناك دين الصحة والدين اللازم في المرض بأسباب معلومة أو متحققة ولكن فضل شيء من التركة بعد قضائهما وأما إذا تحققوا لم يفضل شيء من التركة بعد قضائهما فلا يكون الدين الثابت بأقرار المريض من الحوائج الأصلية لأن علة كونه من الحوائج الأصلية أن يرفع به الحائل بين المدين وبين الجنة كما مر وتلك العلة منتفية عند تحقق دين الصحة ودين المرض بأسباب معلومة مع عدم وفاء التركة بمساوئها لأنهما يحولان حينئذ بينه وبين الجنة ما لم يرفعها بقضائهما بخلاف النكاح فإن علة كونه من الحوائج الأصلية كونه من مصالح المعيشة وهذه العلة متحققة في كل حال وأجاب بعض الفضلاء عن الإيراد المزبور بأنه لم يظهر ثبوت الدين فيما إذا أقر بدين في مرضه وعليه ديون الصحة لمكان التهمة حتى يكون قضاؤه من الحوائج الأصلية (أقول) يرد عليه أنه يصير حينئذ مدار الفرق بين ما أقر به في مرضه وبين ما لم ينسكحه عدم ظهور ثبوت الاول لمكان التهمة وظهور ثبوت الثاني إذا المعايين لا مر ذلة لا عدم كون الاول من الحوائج الأصلية وكون الثاني منها كما يقتضيه قول المصنف بخلاف النكاح فإنه من الحوائج الأصلية ومورد الإيراد انما هو قول المصنف هذا ويمكن التوجيه فتأمل (قال) أي القدوري في مختصره (ولو أقر المريض لوارثه لا يصح) سواء أقر بعين أو بدين كما صرحوا به وعن هذا قال صاحب النهاية وهو باطلا فقه يتناول العيين والدين (الآن يصدقه فيه) أي في إقراره هذا (بقية الورثة) وبه قال الشافعي في قول وأحمد وهو قول شريح وأبراهيم النخعي ويحيى الانصاري والقاسم وسالم وأبو هاشم (وقال الشافعي في أحد قوليه يصح) وهو قول أبي نورو والعطاء والحسن البصري وقال مالك يصح إذا لم يتم وبطل إذا تم كمن له بنت وابن عم فأقر لابنته لم يقبل ولو أقر لابن عمه قبل أن يولد لابنته لم يقبل وبه قال الشافعي وبه قال أبو زيد

لأنه أظهر حق ثابت لفرع جانب الصدق فيه) بدلالة الحال والمريض غير ممنوع عن ذلك لكونه سعيًا في فكالك وبقته (فصار كالإقرار لا جنبي ووارث آخر وبوديعة مستهلكة للوارث) كما إذا أودع أباه ألف درهم بعناية الشهود فلما حضرت الوفاة الأب قال استهلكتها ومات وأنتكر بقية الورثة فإن أقراره صحيح والألف من تركته للأب المقر (٩) خاصة لأن تصرف المريض أنما يرد

للتممة ولا تتمه ههنا
ألا ترى أنه إن كذبناه
فمات وجب الضمان أيضا
في تركته لأنه مات مجهلا
(ولنا قوله صلى الله عليه
وسلم لا وصية لوارث ولا
أقراره بالدين) وهو نص في
الباب لكن شمس الأئمة قال
هذه الزيادة غير مشهورة
والمشهور قول ابن عمر رضي
الله عنهم وأراد به ما روى عنه
إذا أقر الرجل في مرضه
بدين لرجل غير وارث فإنه
جائز وإن أحاط ذلك بعماله
وان أقر لوارث فهو باطل
الآن بصدقه الورثة وبه
أخذ علماءنا لأن قول
الواحد من فقهاء الصحابة
عندنا مقدم على القياس

قال المصنف (لأنه أظهر
حق ثابت الخ) أقول فيه
دلالة على أن الإقرار
منطهر عنه - أنه أيضا لا سبب
لوجوب كإفهامهم من تقرير
دليله المذكور في أول
الباب ولعل فيه قولين
عن الشافعي كما عن أصحابنا
أو يقدّر المضاف هناك
والمعنى لا استواء بيني
ظهورهما (قوله ألا ترى
أنه إن كذبناه فمات وجب

لأنه أظهر حق ثابت لفرع جانب الصدق فيه وصار كالإقرار لا جنبي ووارث آخر وبوديعة مستهلكة للوارث ولنا قوله عليه الصلاة والسلام لا وصية لوارث ولا أقراره بالدين

في نصيبها دليل ما قاله الشافعي في أحد قوله ما ذكره المصنف بقوله (لأنه) أي لأن هذا الإقرار (أظهر حق ثابت) أي إخبار عن حق لازم عليه (لترج جانب الصدق فيه) أي في هذا الإقرار بدلالة الحال فإن حال المرض أدل على الصدق لأنه حال تدارك الحقوق فلا يجوز أن يثبت الحجر عن الإقرار به (وصار) هذا الإقرار (كالإقرار لا جنبي ووارث آخر) نحو أن يقر لجهول النسب بأنه ابنه فإنه يصح وإن تضمن وصول شيء من التركة إليه (وبوديعة مستهلكة للوارث) أي وكالإقرار باستهلاك وديعة معروفة للوارث فإنه صحيح وصورة ذلك على ما ذكر في الجلمع الكبير رجل أودع أباه ألف درهم في حال صحة الأب أو مرضه بعناية الشهود فلما حضرته الوفاة قال استهلكتها مات وأنتكر ذلك سائر الورثة فإن أقرار المريض جائز والألف من تركته للأب المقر خاصة قال جماعة من الشراح والجواب عنه أنا لو لم نعتبر أقراره بصير كاتممات مجهلا فيجب الضمان فلا يفيد إقراره ولا أن تصرف المريض أنما يرد للتممة ولا تتمه في المعايضة انتهى (أقول) جوابهم الثاني ليس بصحيح لأن الثابت بالمعايضة في المسئلة المذكورة إنما هو إبداء الوارث تلك الوديعة لاستهلاك المورث إياها وإنما ثبت الاستهلاك بأقرار المورث لا غير كما هو المفروض في هاتين المسئلتين فبقى الكلام في صحة الإقرار بالاستهلاك فالصواب من جوابهم هو الأول كما هو المفهوم مما ذكر في الجامع الكبير من تعليل المسئلة المذكورة بقوله لأن تصرف المريض أنما يرد للتممة لا لخلل فيه ولا تتمه في هذا لا يرى أنا إذا كذبناه فمات وجب الضمان أيضا في تركته لأنه مات مجهلا انتهى وكان تلك الجماعة من الشراح أغترروا بما في الجامع الكبير من قوله ولا تتمه في هذا ففهموا أن وجه عدم التهمة فيه ثبوته بالمعايضة وليس كذلك بل وجه ذلك وجوب الضمان على المقر سواء صدق في أقراره أم كذب لأنه مات مجهلا كما هو الظاهر من التنوير المذكور فيه ثم إن صاحب العناية لم يصب أيضا في تحرير هذا المقام حيث ذكر المسئلة المذكورة مع تعليلها المذكور في الجامع الكبير عند تقرير دليل الشافعي مع أن التعليل المذكور حجة على الشافعي لآله وإنما الصواب أن يذكر مضمون ذلك التعليل ههنا على وجه الجواب عن قياس الشافعي ما نحن فيه على تلك المسئلة المذكورة كما ذكره غيره (ولنا قوله عليه الصلاة والسلام لا وصية لوارث ولا أقراره بالدين) رواه الدارقطني في سننه عن فوج بن دراج عن أبان بن نعلب عن جعفر بن محمد عن أبيه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا وصية لوارث ولا أقراره بالدين قال شمس الأئمة السرخسي في مبسوطه وبحثنا في ذلك قوله عليه الصلاة والسلام ألا وصية لوارث ولا أقراره بالدين إلا أن هذه الزيادة شاذة غير مشهورة وإنما المشهور قول ابن عمر رضي الله عنهما إذا أقر الرجل في مرضه بدين لرجل غير وارث فإنه جائز وإن أحاط ذلك بعماله وإن أقر لوارث فهو باطل إلا أن بصدقه الورثة وبه أخذ علماءنا وقول الواحد من فقهاء الصحابة عندنا مقدم على القياس انتهى وقال صاحب البدائع بعد ذلك قول ابن عمر ولم يعرف له فيه مخالف من الصحابة فيكون إجماعا انتهى أقول كل واحد من الحديث الذي رواه الدارقطني عن رسول الله صلى الله

(٣ - نكلة سابع) الضمان) أقول وبهذا خرج الجواب عن قياس الشافعي محل النزاع بالإقرار باستهلاك وديعة معروفة للوارث فلا يناسب ذكره في تقرير دليله (قوله ولنا قوله عليه الصلاة والسلام لا وصية لوارث الحديث) أقول رواه الدارقطني كما قال الانقاضي (قوله لكن شمس الأئمة قال هذه الزيادة الخ) أقول يعني في المبسوط (قوله وأراد به الخ) أقول يعني أراد بقول ابن عمر رضي الله عنهما

(ولأنه تعلق حق الورثة بعماله في مرضه ولهذا منع من التبوع على الوارث أصلاً في مرضه ولهذا منع من التبوع على الوارث أصلاً في تخصيص البعض به إبطال حق الباقيين) ونذكر ما أوردنا بالأقرار بوارث آخر وما أجابناه عنه (ولأن حالة المرض حالة الاستغناء) عن المال لظهور أمارات الموت الموجب لانتهاء الآمال وكل ما هو كذلك فلا قرار لبعض الورثة فيه بورث تهمته تخصيصه (والقراءة) تمنع عن ذلك لأنها (سبب تعلق حق الأقر بآمال المال) وتعلق حقهم به يمنع تخصيص بعضهم بشئ منه بلا تخصص (الآن هذا التعلق لم يظهر في

قال المصنف (ولهذا يمنع من التبوع الخ) أقول منعاً كلياً لا بالهبة ولا بالوصية ولا من الثلث ولا بما زاد فإنه إذا لم يوص بالثلث يتعلق به حق الوارث أيضاً تدبر قال المصنف (في تخصيص البعض به الخ) أقول الظاهر أن يقال وفي بالواو قال المصنف (ولأن حالة المرض الخ) أقول عطف على قوله وله - هذا الخ فإنه كان دليلاً أنياً وهذا دليل على (قوله بورث تهمته تخصيصه) أقول لجواز أنه أراد الإيثار بهذا الطريق حيث عجز عنه بطريق الوصية

ولأنه تعلق حق الورثة بعماله في مرضه ولهذا منع من التبوع على الوارث أصلاً في تخصيص البعض به إبطال حق الباقيين ولأن حالة المرض حالة الاستغناء والقراءة تسبب التعلق الآن هذا التعلق لم يظهر في

عليه وسلم والاثر الذي روى عن ابن عمر رضي الله تعالى عنهما أنما يدل على بطلان إقرار المريض لوارث بالدين بدون تصديق الورثة ومثلنا نعم بطلان إقراره بالدين وبالعين كما صرحوا به فكان الدليل قاصراً عن إفادة تمام المدعى اللهم الآن يلتزم ذلك بناء على إفادة الدليل العقلي الآتي كلمة المدعى فتأمل (ولأنه تعلق حق الورثة بعماله في مرضه وله - هذا منع) أي المريض (من التبوع على الوارث) كالوصية والهبة (أصلاً) أي بالكليسة (في تخصيص البعض به) أي في تخصيص البعض بعماله (إبطال حق الباقيين) أي إبطال حق باقي الورثة وهو جوارعهم فيردون كرهها ما أورد عليه من الإشكال بالأقرار في المرض بوارث آخر وجوابه فأننا قد ذكرناهما فيما مر فاعلنا عن المبسوط والامرار فإن قيل حق الورثة أنما يظهر بعد الفراغ عن حاجته فإذا أقر بالدين لبعض الورثة فقد ظهر حاجته لأن العاقل لا يكذب على نفسه خرافاً بالمرض تزداد جهة الصدق لأن الباعث السري ينضم إلى العقلي فيبعثه على الصدق قلنا لا قرار للوارث إيصال نفع إليه من حيث الظاهر وفيه إبطال حق الباقيين ووجوب الدين لم يعرف إلا بقوله وهو متهمة فيه لجواز أنه أراد الإيثار بهذا الطريق حيث عجز عنه بطريق الوصية فوجب أن نتوقف محتمة على رضا الباقيين دفعاً للوحشة والعداوة بخلاف الأجني لأنه غير متهمة فيه لأنه يملك إيصال النفع إليه بطريق الوصية وكل تصرف يتمكن المرد في تحصيل المقصود به إنشاء لا يتمكن التهمة في إقراره كذافي الكفاية ومعراج الدراية (ولأن حالة المرض حالة الاستغناء) عن المال لظهور أمارات الموت الموجب لانتهاء الآمال وكل ما هو كذلك فلا قرار لبعض الورثة فيه بورث تهمته تخصيصه (والقراءة) تمنع عن ذلك لأنها (سبب التعلق) أي سبب تعلق حق الأقر بآمال المال وتعلق حقهم به يمنع تخصيص بعضهم بشئ منه بلا تخصص وعلى هذا التقرير الذي هو مختار صاحب العناية يكون قول المصنف ولأن حالة المرض حالة الاستغناء الخ دليلاً مستقلاً على أصل المسئلة وهو الظاهر من أسلوب تحريره وقال به بعض الفضلاء قوله ولأن حالة المرض حالة الاستغناء عطف على قوله ولهذا يمنع الخ فإنه كان دليلاً أنياً وهذا دليل على انتهى (أقول) لا يذهب على ذي فطرة سليمة أن تقديم قوله في تخصيص البعض به إبطال حق الباقيين يأتي عن ذلك جداً لأن قوله لأنه تعلق حق الورثة بعماله في مرضه مقدمة لدليل أصل المسئلة وقوله في تخصيص البعض به إبطال حق الباقيين مقدمة أخرى له مربوطة بالاولى ولو كان قوله ولأن حالة المرض حالة الاستغناء معطوفاً على قوله ولهذا يمنع من التبوع لكان دليلاً على المقدمة الاولى كالمعطوف عليه فيلزم توسط المقدمة الثانية بين دليلي المقدمة الاولى ولا يخفى ما فيه نعم يصلح قوله ولأن حالة المرض حالة الاستغناء والقراءة تسبب التعلق لأن يكون دليلاً على قوله ولأنه تعلق حق الورثة بعماله في مرضه ولأنه لا توسط في تخصيص البعض به إبطال حق الباقيين وعن هذا قال في الكافي ولأنه أثر بعض ورثته بشئ من ماله بعد تعلق حق الكل بعماله فبدر كالأوصى له بشئ من ماله وهذا الآن حالة المرض حالة الاستغناء عن ماله لظهور آثار الموت فيه والظاهر أن الإنسان لا يحتاج إلى ماله لانتهاء آماله عند قبضه على الآخرة فيظهر عند استغنائه حق أقرائه ولهذا منع من التبوع على وارثه أصلاً فلم يصح إقراره للوارث لأنه يوجب إبطال حق الباقيين انتهى وقال في التبيين ولأن فيه إشار بعض الورثة بعماله بعد تعلق حق جميعهم به فلا يجوز ما فيه من إبطال حق البقية كالوصية وأنما تعلق حقهم به لاستغنائه عنه بعد الموت فلا يتمكن من إبطال حقهم بالأقرار لورثته كما لا يتمكن منه بالوصية لهم انتهى تبصر (الآن هذا التعلق) أي تعلق حق الورثة بعمال المريض في حالة المرض (لم يظهر في

حق الاجنبي لحاجته الى المعاملة في حالة الصحة لانه لو انحجر عن الاقرار بالمرض لامتنع الناس عن المعاملة معه (فان قيل فالحاجة موجودة في حق الوارث أيضا لان الناس كما يعاملون مع الاجنبي يعاملون مع الوارث اجاب بقوله (وقلما تقع المعاملة مع الوارث) لان البيع للاسترباح ولا استرباح مع الوارث لانه يستحيان من الماكسة معه فلا يحصل (١١) الربح (و) لهذا (لم يظهر في حق الاقرار

وارث آخر لحاجته أيضا) وهو السؤال المذكور آنفا (ثم هذا يتعلق بحق بقية الورثة فاذا صدقوه فقد أبطلوه فصح الاقرار) قال (واذا أقر لاجنبي جاز الخ) واذا أقر المريض لاجنبي صح وان أحاط بماله لما ينال ان قضاء الدين من الحوائج الاصلية وكانت المسئلة معلومة مما تقدم الا أنه ذكرها تمهيدا للذكر القياس والاستحسان فان القياس لا يقتضي جوازه الاجتهاد الثالث لان الشرع قصر تصرفه عليه كما مر الا اننا قلنا لما صح اقراره في الثلث كان له التصرف في الثلث الباقي لان الثلث بعد الدين محل التصرف فتنفذ الاقرار في الثلث الثاني ثم وثم الى ان يأتي على الكل فان قيل لاريض حق التصرف في ثلث ماله بدون اجازة الورثة فلما صح تصرفه في ثلث ماله صح له التصرف في ثلث الباقي لما ان جميع ماله بعد الثلث الخارج جعل كانه هو من الابتداء فيجب ان تنفذ وصيته في ثلثه أيضا ثم وثم الى ان يأتي على الكل فالجواب ان الثلث بعد

حق الاجنبي لحاجته الى المعاملة في حالة الصحة لانه لو انحجر عن الاقرار بالمرض يمتنع الناس عن المعاملة معه وقيلما تقع المعاملة مع الوارث ولم يظهر في حق الاقرار بوارث آخر لحاجته أيضا ثم هذا يتعلق بحق بقية الورثة فاذا صدقوه فقد أبطلوه فيصح اقراره قال (واذا أقر لاجنبي جاز وان أحاط بماله) لما ينال القياس ان لا يجوز الا في الثلث لان الشرع قصر تصرفه عليه الا اننا نقول لما صح اقراره في الثلث كان له التصرف في ثلث الباقي لانه الثلث بعد الدين ثم وثم حتى يأتي على الكل

حق الاجنبي) حيث لم يمنع اقرار المريض لاجنبي (لحاجته) أي حاجة الانسان (الى المعاملة) مع الناس (في الصحة) أي في حالة الصحة فلولا يصح اقراره بالكلية في حالة المرض لم تنقض حاجته في حالة الصحة (لانه لو انحجر عن الاقرار بالمرض يمتنع الناس عن المعاملة معه) في الصحة بناء على جواز ان يعرضه المرض فتختل مصالحه فيقع في الحرج وهو مدفوع شرعا ولما استشعر ان يقال الحاجة موجودة في حق الوارث أيضا لان الناس كما يعاملون مع الاجنبي يعاملون مع الوارث اجاب بقوله (وقلما تقع المعاملة مع الوارث) لان المعاملة للاسترباح ولا استرباح مع الوارث لانه يستحيان من الماكسة معه فلا يحصل الربح (ولم يظهر) أي وكذا لم يظهر هذا يتعلق (في حق الاقرار بوارث آخر لحاجته أيضا) أي حاجة الانسان الى الاقرار بالوارث أيضا لان الاقرار بالنسب من حوائج الاصلية لانه يحتاج الى ابقائه فلا ينحجر عنه لحق الورثة (ثم هذا يتعلق) أي يتعلق حق الورثة بمال المريض في مرضه (حق بقية الورثة فاذا صدقوه) أي اذا صدق بقية الورثة المقر الوارث (فقد أبطلوه) أي أبطلوا حقهم (فيصح اقراره) وهذا الكلام من المصنف بيان لوجه الاستثناء الذي ذكره القدوري في مختصره بقوله الا ان تصدقه فيه بقية الورثة (واذا أقر لاجنبي جاز وان أحاط بماله لما ينال) اشارة الى قوله ولان قضاء الدين من الحوائج الاصلية كما ذهب اليه صاحب معراج الدراية وصاحب العناية والى قوله لانه لو انحجر عن الاقرار بالمرض يمتنع الناس عن المعاملة معه كما ذهب اليه صاحب غاية البيان وتبعه الشارح العيني وفي العناية وكانت المسئلة معلومة مما تقدم الا أنه ذكرها تمهيدا للذكر القياس والاستحسان (والقياس ان لا يجوز الا في الثلث) وهو مذهب بعض الناس كما ذكره شيخ الاسلام في مبسوطه (لان الشرع قصر تصرفه) أي تصرف المريض (عليه) أي على الثلث وتعلق بالثلثين حق الورثة ولهذ التبرع بجميع ماله لم ينفذ الا في الثلث فكذا الاقرار وجب ان لا ينفذ الا في الثلث كذا قالوا (أقول) لقائل أن يقول الشرع انما قصر على الثلث تصرفه الذي لم يكن من الحوائج الاصلية دون مطلق التصرف والالزام ان لا ينفذ تصرفه في ثمن الاغذية والادوية الا في مقدار الثلث ولم يقل به أحد وقد تقرر فيما مر ان قضاء الدين من الحوائج الاصلية فلم يجز القياس المذكور في الاقرار بالدين اللهم الا أن يدعى أن كون قضاء الدين من الحوائج الاصلية على موجب الاختصاص أيضا دون القياس (الا اننا نقول) في وجه الاستحسان (لما صح اقراره في الثلث) لان نفاذ التهمة عن اقراره في ذلك القدر اعدم تعلق الورثة به (كان له التصرف في ثلث الباقي لانه الثلث بعد الدين) والثلث بعد الدين محل التصرف قطعاً فينفذ الاقرار في الثلث الثاني (ثم وثم حتى يأتي على الكل) كذا في الايضاح وعامة المعبرات (أقول) فيه شيء وهو ان الاتيان على الكل غير متصور في الوجه المزبور اعالى القول بالجزء الذي لا ينفذ كما هو مذهب المتكلمين فظاهر لان التثنية اذا انتهت الى ثلاثة اجزاء فأخرج

الدين محل التصرف للمريض فكما أقر بدين اتقل محل التصرف الى ثلث ماله بعد وليس الثلث بعد الوصية بشئ محل تصرف المريض وصية بل الثلث محلها ليس الا فافترقا

(قوله كما مر) أقول في آخر الصحيفة السابقة

قال (ومن أقر لا جنبي الخ) المقر له إما أن لا يكون وارثا للرئيس أو يكون وارثا لو ارت أمام مستمر أو غير مستمر وغير المستمر إما أن يكون وارثا لحالة الإقرار غير وارث حالة الموت لحجب أول غيره وإما أن يكون وارثا لحالة الموت غير وارث حالة الإقرار لحجب أول غيره وما لغيره فإما أن يكون سبب الإرث مما (١٢) يستند إلى وقت العلق أو لا وإما أن يكون أغنى غير المستمر وارثا في الحالين غير

قال (ومن أقر لا جنبي ثم قال هو ابني ثبت نسبته منه وبطل إقراره فإن أقر لا جنبيه ثم تزوجها لم يبطل إقرارها) ووجه الفرق أن دعوة النسب تستند إلى وقت العلق فتبين أنه أقر لابنه فلا يصح ولا كذلك الزوجة لأنها تقتصر على زمان الزوج فبقي إقراره لا جنبيه قال (ومن طلق زوجته في مرضه ثلاثا ثم أقر لها بدين فلها الأقل من الدين ومن ميراثها منه)

وارثين منهم ما فذلك غمانية أو جبه فقيم الم يكن أصلا صح إقراره بالاجماع وفيما كان وارثا لم يستمر إلا يصح بالاجماع وفيما كان وارثا حالة الإقرار دون الموت فإن كان الانتفاء لحجب كما إذا أقر لا جنبيه وهو وارث ثم ولده ولد أو أسلم الولد الكافر أو أعتق الرقيق صح الإقرار باتفاق بين أصحابنا لأن الزوجة بالموت فإذا لم يكن عنده وارثا كان كالا جنبي وإن كان لغيره أي لغيره لحجب كما إذا طلق زوجته في مرضه ثلاثا بأمرها وقد أقر لها بدين فلها الأقل من الدين والميراث

منها أحدهما أو بقي جزآن امتنع بعد ذلك أخراج الثلث من ذينك الجزأين الباقيين لعدم إمكان التجزؤ في شئ منهما وأما على القول بإمكان القسمة إلى غير النهاية كما هو مذهب الحكماء فذلك لأن الثلث في كل مرتبة لا يحتمل أن يكون عن الكل القطع بغيره الجزء الكل لا يقال مرادهم الاتيان على قريب من الكل لا على الكل حقيقة لأننا نقول حينئذ لا يتم التقريب لأن المدعى جواز الإقرار لا جنبي وإن أحاط بكل ماله حقيقة تدبر ونقض الوجه المذكور بالوصية بجميع ماله إذا لم يكن عليه دين فأنه لا يجوز عند تحقق الورثة مع جريان الطريق المذكور فيها لأن المريض له حق التصرف في ثلث ماله بدون إجازة الورثة فلما صح تصرفه في ثلث ماله كان له التصرف في ثلث الباقي لما أن جميع ماله بعد الثلث الخارج جعل كأنه هو من الابتداء فيجب أن تنفذ وصيته في ثلثه أيضا ثم وإلى أن يبقى على الكل وأجيب بأن الثلث بعد الدين محل تصرف المريض فلما أقر بدين انتقل محل التصرف إلى ثلث ما بعده وليس الثلث بعد الوصية بشئ محل تصرف المريض وصية وإنما محل الوصية ثلث المجموع لا غير فافتقر (قال) أي القدر في مختصره (ومن أقر لا جنبي) في مرضه بمال (ثم قال هو ابني ثبت نسبته منه) أي ثبت نسب المقر له من المقر (وبطل إقراره) بالمسأل (فإن أقر لا جنبيه ثم تزوجها لم يبطل إقرارها بخلاف الهبة والوصية حيث بطلتاها أيضا وقال زفر بطل الإقرار لها أيضا لأن وارثه عند الموت فصلت التهمة وهي المعتبر في الباب ولنا ما ذكره المصنف بقوله (ووجه الفرق) أي بين المسئلتين (أن دعوة النسب تستند إلى وقت العلق فتبين أنه أقر لابنه فلا يصح) يعني أن النسب إذا ثبت ثبت مستندا إلى وقت العلق فتبين بذلك أن إقرار المريض وقع لوارثه وذلك باطل (ولا كذلك الزوجة لأنها تقتصر على زمان الزوج) يعني أن الزوجة إذا ثبتت ثبتت مقتصرة على زمان العقد (فبقي إقراره لا جنبيه) فيصح بخلاف الهبة والوصية لأن الوصية تملك بعد الموت وهي وارثة حينئذ والهبة في المرض في حكم الوصية على ما يأتي بيانه وفي وصايا الجامع الصغير ولو أن المريض أقر بدين لابنه وهو نصراني أو عبد ثم أسلم الابن أو أعتق العبد ثم مات الرجل فلا إقرار باطل لأنه حين أقر كان سبب التهمة بينهما قائما وهو القرابة التي صار بها وارثا في نافي الحال وليس هذا كالذي أقر لامرأة ثم تزوجها لأن سبب التهمة لم يكن هناك قائما وقت الإقرار انتهى (قال) أي القدر في مختصره (ومن طلق زوجته في مرضه ثلاثا ثم أقر لها بدين فلها الأقل من الدين ومن ميراثها منه) أي من الزوج قال الامام الزلي في شرح الكثر هذا إذا طلقها بسؤالها وانطلقها بلا سؤالها فلها الميراث بالغاب ما بلغ ولا يصح الإقرار لها لأنها وارثة فهو فاروق قد بيناه في طلاق المريض انتهى وقال نجم الدين الزاهد في شرح مختصر القدوري وفي بعض النسخ والشرح ومن طلق زوجته في مرضه ثلاثا بسؤالها ثم أقر لها بدين والموضعان صحيحان والحكم فيهما واحد على ما قررته في الجامع والمحيط غير أنه لو لا الإقرار في الوضع الأول لثرت إذا مات في العدة وفي الوضع الثاني لآثرته ومع هذا إذا أقر لها بدين فلها

(قوله وما لغيره) أقول أي لغيره لحجب (قوله وإما أن يكون) أقول معطوف على قوله وإما أن يكون وارثا لحالة الموت وهذا القول معطوف على قوله إما أن يكون وارثا حالة الإقرار (قوله كما إذا طلق زوجته في مرضه ثلاثا بأمرها) أقول لا بد من التأمل في أن الصورة المذكورة في الكتاب بقوله ومن طلق زوجته في مرضه ثلاثا ثم أقر لها بدين فأتهم تدرج فيما ذكره الشارح لمكان ثم في عبارة الكتاب والمذكور في الشرح لما كان المقر له وارثا لحالة الإقرار

لوجودهم الاشارة بقيام العدة فلعلة استقلال ميراثها وباب الاقرار للوارث مسدود فأقدم على الطلاق ليصح الاقرار بزيادة على ميراثها ولا تهمه في الأقل فيثبت وفيما اذا كان وارثا حالة الموت دون الاقرار فان كان لغيره ابن ثم مات الابن بطل اقراره خلافا لغيره اعتبارا لحالة الاقرار لانه موجب بنفسه وقد حصل لغير وارث فيصح (١٣) كما اذا أقر لاجنبة ثم تزوجها قلنا

الاقرار للوارث لا يصح وقد تبين عوت الحاجب وراثته فيبطل اقراره بخلاف الاجنبية فانها لم تكن وارثة قبل الزوج وان كان لغيره وقد استند السبب كما اذا أقر لاجنبي في مرضه ثم ادعى نسبه ثبت نسبه فيبطل اقراره وان لم يستند كما اذا أقر لاجنبية ثم تزوجها لم يبطل والعرق ان المستند تبين كون الاقرار للوارث بخلاف غيره وفيما كان وارثا في الحالين دون الوسيط كما اذا أقر لزوجه ثم ابانها ثم تزوجها بعد مضي العدة ومات بطل الاقرار عند أبي يوسف وجاهد عند محمد وهو القياس لانها ترث بسبب حدث بعد الاقرار فلا يؤثر فيما قبله فيما لم يكن ليس يستند كما اذا أقر لشخص في مرضه ثم صح ثم مرض مات ووجه قول أبي يوسف وهو الاستصحاب ان الاقرار للوارث باطل لثمة الاشارة فاذا وجد سبب الورثة عند الاقرار وجدت التهمة والعقد المتجدد قائم مقام الاول في تقرير صفة

لانهم ماتت حين فيه لقيام العدة وباب الاقرار مسدود للوارث فلعلة أقدم على هذا الطلاق ليصح اقراره لها زيادة على ميراثها ولا تهمه في أقل الامر ينثبت

فصل (ومن أقر بغلام بولم مثله لمثل له وليس له نسب معروف أنه ابنه وصدقه الغلام ثبت نسبه منه

الأقل من الدين ومن الميراث انتهى كلامه (أقول) قد اختلف رأياهما في استقراج هذا المقام والذي يطابق ما مر في كتاب الطلاق من هذا الكتاب ما ذكره الزبلي فإنه قال هناك وان طلقها ثلاثا في مرضه بأمرها ثم أقر لها بدين أو وصى لها بوصية قلها الأقل من ذلك ومن الميراث فكانت المسئلة مقيدة هناك بما قبله الزبلي ههنا ولا يرى للتقييد فائدة سوى الاختراز عما اذا طلقها بغير أمرها ثم اتى بتبعت عامة المعبريات حق الجامع والمحيط ولم أظفر في شيء منها بكون الحكم واحدا في الموضوعين المذكورين بل أينما وجدت المسئلة المزبورة مذ كورده مع الحكم المسفور وجدت هام مقيدة بكون الطلاق بسؤال المرأة أو بأمرها فانظر ما ذكره الزبلي وأما عدم تعرض المصنف وصاحب الكافي وكثير من الشراح ههنا للتقييد المذكور فيجوز أن يكون بناء على ظهوره مما صرح به في كتاب الطلاق ثم ان صاحب العناية من الشراح وان قيد المسئلة ههنا أيضا بالقيد المذكور رآه لأنه فسر ما حيث جعلها ماثلا لما اذا كان المقر له وارثا حالة الاقرار دون الموت فغيرها عن وضعها المذكور في الكتاب فقال كما اذا طلق زوجته في مرضه ثلاثا بأمرها وقد أقر لها بدين قلها الأقل من الدين والميراث والمذكور في الكتاب ثم أقر لها وبينهما بول لا يحنى قال المصنف في تعطيل مسئلة الكتاب (لانها) أي الزوجين (متهمان فيه) أي في هذا الاقرار (لقيام العدة) أشار به الى أن وضع المسئلة فيما اذا كان موت المقر قبل انقضاء العدة وأما اذا كان موته بعد انقضاءها فاقراؤه لها جائز (وباب الاقرار مسدود للوارث فلعلة) أي قلل الزوج (أقدم على هذا الطلاق ليصح اقراره لها زيادة على ميراثها) فوقعت التهمة في اقراره (ولا تهمه في أقل الامر ينثبت) أي أقل الامر ينثبت قال علاء الدين الاسيحي في شرح الكافي ولو أقر لاهرأته بدين من مهرها صدق فيما بينه وبين مهر مثلها وتخاص غرماء العدة به لانه أقر بما عاك انشاء فانعدمت التهمة ولو أقرت المرأة في مرضها بقبض المهر من زوجها لم تصدق لانها أقرت بدين الزوج لان القبض وجب مثل المقبوض في الذمة ثم يثبتان فمما صاوا الاقرار بالدين للوارث لا يصح انتهى وفي الفتاوى الصغرى المربضة اذا أقرت باستيفاء مهرها فان مات وهي منكوحة أو معتدة لا يصح اقرارها وان ماتت غير منكوحة ولا معتدة بأن طلقها قبل الدخول يصح

فصل في بيان الاقرار بالنسب قدم الاقرار بالمال على الاقرار بالنسب لكثرة وقوع الاول وقلة وقوع الثاني ولا ريب في أن ما هو كثير الدوران أهم بالبيان وانما أورد الثاني بفصل على حدة لاتفراده ببعض الشروط والاحكام كما سيظهر (ومن أقر بغلام بولم مثله) أي مثل ذلك الغلام (لمثله) أي لمثل المقر يعني ههنا في السن بحيث يجوز أن يولد المقر للمقر (وليس له) أي للغلام (نسب معروف) بل كان مجهول النسب (انه ابنه) أي أقر أنه ابنه (وصدقه الغلام) أي فيما اذا كان يعبر عن نفسه وأما اذا كان لا يعبر عن نفسه فلا يشترط تصديقه كما صرحوا به قاطبة (ثبت نسبه منه)

الورثة عند الاقرار لان التهمة لم تكن مفردة لاحتمال زوال النكاح فلم يصح الاقرار

فصل ذكر الاقرار بالنسب في فصل على حدة بعد ذكر الاقرار بالمال

(قوله) كما اذا أقر لاجنبي في مرضه ثم ادعى نسبه ثبت نسبه فيبطل اقراره (أقول) والاقرار لابن المحروم اذا أسلم أو عتق به الاقرار من

هذا القبيل عنده على ما يجي في كتاب الوصية فصل ومن أقر بغلام

شروط أن يكون بولده مثله
لمثله كي لا يكون مكذبا في
الظاهر وأن لا يكون الولد
ثابت النسب اذ لو كان
لا يمنع ثبوته من غيره وأن
يصديق المقر في اقراره اذا
كان يعبر عن نفسه لانه
في يد نفسه بخلاف الصغير
الذي لا يعبر عن نفسه على
ما مر في باب دعوى النسب
ولا يمنع الاقرار به بسبب
المرض لان النسب من
الخواص الاصلية وهو يلزمه
خاصة ليس فيه تحميلة على
الغير فيثبت واذا ثبت كان
كلوارث المعروف فيشارك
ورثته قال (ويجوز اقرار
الرجل بالوالدين الخ) هذا
بيان ما يجوز الاقرار به
وما لا يجوز اقرار الرجل
بالوالدين والولد والزوجة
والمولي يعني مولى العنافة
سواء كان أعلى أو أسفل
جائز سواء كان اقراره بمولاه
في حالة الصحة أو المرض

(قوله لقلته) أقول هذا
وجه التأخير وأما وجه
ذكره في فصل على حدة فلم
يتمعرض له لظهوره قال
المصنف (ويجوز اقرار
الرجل الخ) أقول وفيه بحث
فان الاقرار بأموية المرأة
فيه تحميل النسب على
زوجها فينبغي أن لا يقبل
فان قيد بعدم الزوج لم يبق
فرق بينه وبين اقرارها

بالولد فانه يصح أيضا اذا أخذ به القيد فلا يظهر وجه لا ثبات هذا ونفي ذلك فليست أم

وان كان مريضا) لان النسب مما يلزمه خاصة فيصح اقراره به بشرط أن يولد مثله لانه كي لا يكون مكذبا
في الظاهر وبشرط أن لا يكون له نسب معروف لانه يمنع ثبوته من غيره (واعلم ان شرط تصديقه لانه في يد
نفسه اذ المسئلة في غلام يعبر عن نفسه بخلاف الصغير على ما مر من قبل ولا يمنع بالمرض
لان النسب من الخواص الاصلية (ويشارك الورثة في الميراث) لانه لما ثبت نسبه منه صار كالوارث
المعروف فيشارك ورثته قال (ويجوز اقرار الرجل بالوالدين والولد والزوجة والمولى)

جواب المسئلة أي ثبت نسب الغلام من المقر (وان كان) المقر (مريضا) الى هنا لفظ القدروري
في مختصره قال المصنف في تعليل المسئلة (لان النسب مما يلزمه خاصة) يعني أن النسب في الصورة
المذكورة مما يلزم المقر خاصة ليس فيه حل النسب على الغير (فيصح اقراره به) وان كان مريضا لان
اقرار المريض انما لا يصح فيما فيه التهمة لحق الغير ولا تهمة ههنا (وبشرط أن يولد مثله كي لا
يكون مكذبا في الظاهر) فلا يصح اقراره (وبشرط أن لا يكون له نسب معروف لانه) أي لان كون
نسبه معروفا (يمنع ثبوته من غيره) لان النسب لا يقبل التسخير بعد ثبوته (واعلم ان شرط تصديقه)
أي تصديق الغلام (لانه في يد نفسه اذ المسئلة في غلام يعبر عن نفسه) واذا كان في يد نفسه
يعبر فلا بد من تصديقه لان الحق له فلا يثبت بدون تصديقه كذا ذكر في التبيين (أقول) ينتقض هذا
التعليل بالاقرار بغير النسب كالمال ونحوه اذ لا يشترط في لزومه ما أقر به هناك تصديق المقر له ولكن يرد
الاقرار برده على ما تقر في صدر كتاب الاقرار مع جريان أن يقال في ذلك أيضا ان الحق له فينبغي أن
لا يثبت بدون تصديقه وقال في البدائع لان اقراره يتضمن ابطال يده فلا يبطل الا برضاه انتهى (أقول)
تضمن الاقرار بالنسب ابطال يد المقر له محل المنع فتأمل وقال في التسهيل لما فيه من الزام حقوق
النسب فلا يلزمه الا بالتزامه انتهى (أقول) هذا أظهر الوجوه وهو الحق عذري اذ لا شك انه يترتب على
ثبوت النسب حقوق كثبوت الارث ولزوم النفقة وما أشبههما وفي بعضها مشقة على المقر له في الاقرار
بالنسب الزام تلك الحقوق فلا بد من التزام المقر له اياها حتى لا يتضرر بخلاف الاقرار بالمال ونحوه اذ هو
نفع محض للمقر له ففيه بتمن التزامه (بخلاف الصغير) الذي لا يعبر عن نفسه لانه في يد غيره فلا
يشترط تصديقه (على ما مر من قبل) أي في باب دعوى النسب من كتاب الدعوى (ولا يمنع
بالمرض) أي لا يمنع الاقرار بالنسب بسبب المرض (لان النسب من الخواص الاصلية) فصار كالنكاح
بغير المثل (ويشارك الورثة في الميراث) هذا من تمة كلام القدروري في مختصره أي ويشارك الغلام
المقر له بالنسبة سائر الورثة في ميراث المقر قال المصنف في تعليله (لانه لما ثبت نسبه منه صار كالوارث
المعروف فيشارك ورثته) أي ورثة المقر بالنسب (قال) أي القدروري في مختصره (ويجوز اقرار الرجل
بالوالدين والولد) أي بالشروط التي مر بيانها كما صرح به في الكافي ومعراج الدراية وسائر المعربات
(أقول) لا يذهب عليك أن المسئلة المتقدمة مندرجة في هذه المسئلة اذ لا دليل عليها صراحة قوله ههنا
والولد فاذا كانت الشروط المعتبرة هناك معتبرة ههنا أيضا لم يكن لذكر تلك المسئلة فيما قبل على
الاستقلال كما وقع في مختصر القدروري وعامة المتون فائدة يعتد بها كما لا يخفى وله هذا يقع كذلك
في الاصل والمحيط وعامة معتبرات الفتاوى (والزوجة) أي ويجوز اقرار الرجل بالزوجة ولكن يشترط
ههنا أن تكون المرأة خالية عن زوج آخر وعدته وأن لا تكون تحت المقر أخها ولا أربع سواها نص
عليه في الكافي والشروح (والمولى) أي ويجوز اقراره بالمولى يعني مولى العنافة سواء كان أعلى أو
أسفل هذا اذا لم يكن ولاؤه ثابتا من الغير لان الولاء معتبرة بالنسب وثبوت النسب من الغير يمنع صحة الاقرار
بالنسب فكذلك في الولاء كذا في الذخيرة وغيرها قال صاحب النهاية اعلم أن هذا الذي ذكره ههنا من صحة

لانه أقر بما يلزمه وليس فيه تحميل النسب على الغير فحقق المقتضى واتى (١٥) المانع فوجب القول بجوازه وهذا

الدليل كآثرى يدل على صحة اقراره بالام كصحة بالاب وهو رواية تحفة الفقهاء ورواية شرح الفرائض للامام سراج الدين والمصنف ومخالف لعامة النسخ من المبسوط والابحار والجامع الصغير للامام المحبوبي وغيرهما والله تعالى أعلم بصحته انتهى كلامه قال المصنف في تعليل مسئلة الكتاب (لانه أقر بما يلزمه وليس فيه تحميل النسب على الغير) فحقق المقتضى واتى المانع فوجب القول بجوازه قال صاحب العناية وهذا الدليل كآثرى يدل على صحة اقراره بالام كصحة بالاب ثم قال قال صاحب النهاية والله تعالى أعلم بصحته وقد عرفت صحته بدلالة الدليل المذكور انتهى يعني أن صحته مقررة بدلالة الدليل المذكور عليها فلا وجه لتردد صاحب النهاية فيها كما يشعر به قوله والله تعالى أعلم بصحته (أقول) فيه بحث أما أولاً فلا بد من دليل المذكور على صحة اقراره بالام ممنوعة فإن من شرائط صحة اقراره بالام تصديق الام بآبائه وفيه تحميل النسب على الغير وهو الزوج وذلك لا يجوز ولهذا لا يقبل اقرار الام بالولد باتفاق الروايات كما سيأتي فإذا لم يجز تصديقه بآبائه لم يجز اقراره بهما الاستلزام انتفاء الشرط انتفاء المنسوط وأما ثانياً فإن تردد صاحب النهاية في صحة اقراره بالام انما ناشأ عما صرح به في عامة الروايات بأن اقرار الرجل بصح بآبائه نفي بالاب والابن والمرأة ومولى العتاقة وذكر العبد يمنع الزيادة والنقصان على ما عرفت في الاصول فلما لم يجز اقراره بالام على مقتضى ما ذكر في تلك الروايات جاز أن يكون دليل ذلك أقوى من الدليل المذكور في الكتاب للجواز فان الدليل المذكور فيه هو القياس الجلي وجزا أن يكون دليل عدم الجواز هو النص أو الاجماع أو القياس الحسن الذي هو الاستحسان وبكل واحد منها ينكر القياس الجلي وان كان دليل ذلك هو القياس الجلي أيضاً فلا أقل من المساواة وعدم اطلاعنا على دليل ذلك لا يقتضى عدم ثبوته عند المجتهدين فالمدار في صحة أحد الجانبين صحة النقل عنهم لا غير فتأمل واعتبر في بعض الفضلاء على مسئلة الكتاب والدليل المذكور فيه بأن الاقرار بأمومية المرأة فيه تحميل النسب على الغير إذا كانت متزوجة فمتبني أن لا يقبل فان قيد بعدم الزوج لم يبق فرق بينه وبين اقرارها بالولد فان اقرارها بالولد يصح أيضاً إذا أخذ بهذا القيد فلا يظهر وجه لاثبات هذا ونفى ذلك انتهى (أقول) لانسلم أن الافراد بأمومية المرأة فيه تحميل النسب على الغير وان كانت متزوجة بل فيه تحميل أبوة الزوج أيضاً بناء على كونه أصل في النسب فكانه أقر على نفسه بالانتساب اليه أيضاً وعن هذا قالوا في الاقرار بالاب صراحة ان المقر بالاب ألزم نفسه بالانتساب اليه ولم يقبل أحدان فيه تحميل نسب نفسه على الغير بخلاف اقرار المرأة بالولد فان فيه تحميل نسب الغير على الغير وهو نسب الولد على الزوج والاقرار الذي فيه حمل نسب الغير على الغير اقرار على غيره لا على نفسه فكانت دعوى أو شهادة والدعوى المفردة ليست بحجة وشهادة المفرد فيما يطالع عليه الرجال وهو من باب حذوق العباد غير مقبولة كذا في البدائع وغيره (ويقبل اقرار المرأة بالوالدين والزوج والمولى لما بينا) أنه أقر بما يلزمه وليس فيه تحميل النسب على الغير والأئمة لا تمنع صحة اقرارها على نفسها ويستوى في صحة الاقرار بالاشياء المذكورة حالة الصحة وحالة المرض لان حالة المرض انما تخالف حالة الصحة باعتبار تعلق حق الغرماء والورثة بالتركة فلا يتعلق به حق الغرماء والورثة كان الاقرار به في الصحة والمرض سواء والنسب والنسكاح والولادة لا يتعلق به حق الغرماء والورثة كذا في المبسوط (ولا يقبل) أى لا يقبل اقرار المرأة (بالولد) وان صدقها (فيه) أى في اقرارها بالولد (تحميل النسب) أى تحميل نسب الولد (على الغير وهو الزوج لان النسب منه) أى من الزوج قال الله تعالى ادعوهم لا بأنهم (إلا أن يصدقها الزوج)

لانه أقر بما يلزمه وليس فيه تحميل النسب على الغير (ويقبل اقرار المرأة بالوالدين والزوج والمولى لما بينا) (ولا يقبل بالولد) لان فيه تحميل النسب على الغير وهو الزوج لان النسب منه (إلا أن يصدقها الزوج) اقرار المقر بالام حيث قال بالوالدين موافق لرواية تحفة الفقهاء ورواية شرح الفرائض للامام سراج الدين والمصنف ومخالف لعامة النسخ من المبسوط والابحار والجامع الصغير للامام المحبوبي وغيرهما والله تعالى أعلم بصحته انتهى كلامه قال المصنف في تعليل مسئلة الكتاب (لانه أقر بما يلزمه وليس فيه تحميل النسب على الغير) فحقق المقتضى واتى المانع فوجب القول بجوازه قال صاحب العناية وهذا الدليل كآثرى يدل على صحة اقراره بالام كصحة بالاب ثم قال قال صاحب النهاية والله تعالى أعلم بصحته وقد عرفت صحته بدلالة الدليل المذكور انتهى يعني أن صحته مقررة بدلالة الدليل المذكور عليها فلا وجه لتردد صاحب النهاية فيها كما يشعر به قوله والله تعالى أعلم بصحته (أقول) فيه بحث أما أولاً فلا بد من دليل المذكور على صحة اقراره بالام ممنوعة فإن من شرائط صحة اقراره بالام تصديق الام بآبائه وفيه تحميل النسب على الغير وهو الزوج وذلك لا يجوز ولهذا لا يقبل اقرار الام بالولد باتفاق الروايات كما سيأتي فإذا لم يجز تصديقه بآبائه لم يجز اقراره بهما الاستلزام انتفاء الشرط انتفاء المنسوط وأما ثانياً فإن تردد صاحب النهاية في صحة اقراره بالام انما ناشأ عما صرح به في عامة الروايات بأن اقرار الرجل بصح بآبائه نفي بالاب والابن والمرأة ومولى العتاقة وذكر العبد يمنع الزيادة والنقصان على ما عرفت في الاصول فلما لم يجز اقراره بالام على مقتضى ما ذكر في تلك الروايات جاز أن يكون دليل ذلك أقوى من الدليل المذكور في الكتاب للجواز فان الدليل المذكور فيه هو القياس الجلي وجزا أن يكون دليل عدم الجواز هو النص أو الاجماع أو القياس الحسن الذي هو الاستحسان وبكل واحد منها ينكر القياس الجلي وان كان دليل ذلك هو القياس الجلي أيضاً فلا أقل من المساواة وعدم اطلاعنا على دليل ذلك لا يقتضى عدم ثبوته عند المجتهدين فالمدار في صحة أحد الجانبين صحة النقل عنهم لا غير فتأمل واعتبر في بعض الفضلاء على مسئلة الكتاب والدليل المذكور فيه بأن الاقرار بأمومية المرأة فيه تحميل النسب على الغير إذا كانت متزوجة فمتبني أن لا يقبل فان قيد بعدم الزوج لم يبق فرق بينه وبين اقرارها بالولد فان اقرارها بالولد يصح أيضاً إذا أخذ بهذا القيد فلا يظهر وجه لاثبات هذا ونفى ذلك انتهى (أقول) لانسلم أن الافراد بأمومية المرأة فيه تحميل النسب على الغير وان كانت متزوجة بل فيه تحميل أبوة الزوج أيضاً بناء على كونه أصل في النسب فكانه أقر على نفسه بالانتساب اليه أيضاً وعن هذا قالوا في الاقرار بالاب صراحة ان المقر بالاب ألزم نفسه بالانتساب اليه ولم يقبل أحدان فيه تحميل نسب نفسه على الغير بخلاف اقرار المرأة بالولد فان فيه تحميل نسب الغير على الغير وهو نسب الولد على الزوج والاقرار الذي فيه حمل نسب الغير على الغير اقرار على غيره لا على نفسه فكانت دعوى أو شهادة والدعوى المفردة ليست بحجة وشهادة المفرد فيما يطالع عليه الرجال وهو من باب حذوق العباد غير مقبولة كذا في البدائع وغيره (ويقبل اقرار المرأة بالوالدين والزوج والمولى لما بينا) أنه أقر بما يلزمه وليس فيه تحميل النسب على الغير والأئمة لا تمنع صحة اقرارها على نفسها ويستوى في صحة الاقرار بالاشياء المذكورة حالة الصحة وحالة المرض لان حالة المرض انما تخالف حالة الصحة باعتبار تعلق حق الغرماء والورثة بالتركة فلا يتعلق به حق الغرماء والورثة كان الاقرار به في الصحة والمرض سواء والنسب والنسكاح والولادة لا يتعلق به حق الغرماء والورثة كذا في المبسوط (ولا يقبل) أى لا يقبل اقرار المرأة (بالولد) وان صدقها (فيه) أى في اقرارها بالولد (تحميل النسب) أى تحميل نسب الولد (على الغير وهو الزوج لان النسب منه) أى من الزوج قال الله تعالى ادعوهم لا بأنهم (إلا أن يصدقها الزوج)

(قوله وليس فيه تحميل النسب على الغير) أقول فيه تأمل فان الاقرار بأمومية المرأة فيه تحميل النسب على الغير إذا كانت متزوجة وان قيد بعدم الزوج فاقصر اقرارها بالولد

بهذا القيد صحيح فوجب قوله ولا يقبل بالولد كما فصلناه في القول السابق

لان الحق له (أو تشهد بولادة قابله) لان قول القابلة في هذا مقبول وقد مر في الطلاق وقد ذكرنا في اقرار المرأة تفصيلا في كتاب الدعوى ولا بد من تصديق هؤلاء

لان الحق له أو تشهد القابلة بالولادة اذا الف مرض ان الف - راض قائم فيحتاج الى تعيين الولد وشهادتها في ذلك مقبولة وقد مر في الطلاق قوله وذكرنا في اقرار المرأة تفصيلا في كتاب الدعوى يريد به ان اقرارها بالولد انما لا يصح اذا كانت ذات زوج وأما اذا لم تكن منكوبة ولا معتدة قالوا يثبت النسب منها به - ولها لان فيه الزاما على نفسها دون غيرها (ولا بد من تصديق هؤلاء) والمرأة شرط صحة تصديقهما خلوها عن زوج آخر وعدنه وأن لا تكون أختها تحت المقر ولأربع سواها

استثناء من قوله ولا يقبل بالولد يعني اذا صدقها الزوج بقبول اقرارها بالولد (لان الحق له) أي للزوج فثبت بتصديقه (أو تشهد بولادة قابله) أي أو الآن تشهد قابله بولادته أي بتوليد ذلك الولد من تلك المرأة وفي بعض النسخ بولادتها أي بولادتها اياه ففي هذه النسخة أضيف المصدر الى الفاعل وترك المفعول وفي الاولى عكس الامر (لان قول القابلة في هذا) أي في هذا الخصوص (مقبول) اذا فرض أن الفراض قائم فيحتاج الى تعيين الولد وشهادتها في ذلك مقبولة (وقد مر في الطلاق) أي في باب ثبوت النسب عند قوله فان وجد الولادة ثبتت بشهادة امرأة واحدة تشهد بالولادة حتى لو نفاه الزوج بلا عن لان النسب يثبت بالفراض القائم (وقد ذكرنا في اقرار المرأة تفصيلا في كتاب الدعوى) من هذا الكتاب وذلك التفصيل هو أن اقرارها بالولد انما لا يصح بدون شهادة قابله بالولادة اذا كانت المرأة ذات زوج وان كانت معتدة فلا بد من حجة تامة عند أبي حنيفة رحمه الله وأما اذا لم تكن منكوبة ولا معتدة قالوا يثبت النسب منها به - ولها لان فيه الزاما على نفسها دون غيرها والاصل في جنس هذه المسائل أن من أقر بنسب يلزمه في نفسه ولا يحمله على غيره فاقراهم مقبول كما يقبل اقراره على نفسه بسائر الحقوق ومن أقر بنسب يحمله على غيره فانه لا يقبل اقراره كما لا يقبل اقراره على غيره بسائر الحقوق كذا في شرح الاقطع فان قلت لا يمتنع في ثبوت نسب الولد مع أن الولد ولد منهما وما فائدة ثبوت نسبه من الاب دون الام وما فائدة ثبوت النسب من الرجل في الاربعة أو الخمسة المذكورة دون من سواهم مع أن الرجل اذا أقر بالاخ بعد موت أبيه يشاركه في تركه أبيه على ما سأتى في الكتاب وكذلك يجب عليه نفقة الاخ المقر له حال حياته كما ذكر في المحيط والذخيرة قلت أما الاول فلا أن الولد منسوب الى الاب دون الام لقوله تعالى ادعوهم لا بأنهم وفوه تعالى وعلى المولود رزقه من حيث أضاف الولد الى الاب بسلام الملك ولذلك اختص الاب بالنسب وأما فائدة اختصاص ثبوت النسب من الاب فهي حجة اقرار الاب بالولد وجوب نفقة الولد على الاب على وجه الاختصاص حتى لا يشاركه فيها أحد كما لا يشاركه أحد في نسبه وأما فائدة ثبوت النسب في حق هذه الاربعة أو الخمسة فهي ثبوت على طريق العموم لا على طريق الخصوص أي ان حقوق المقر له كما تلزم على المقر كذلك تلزم على غير المقر تقرير الصحة اقراره حتى انه اذا أقر بالابن مثلا فالابن المقر له يرث من المقر مع سائر ورثته وان وجد سائر الورثة كذلك ويرث من أبي المقر وهو جد المقر له وان كان الجد يجحد بنوته لابنه وأما فيما سوى الاربعة أو الخمسة فلما لم يصح اقرار المقر به ظهر انه في موضعين أحدهما عدم اعتبار اقراره فيما يلزم غيره من الحقوق حتى ان من أقر بأخ وله ورثة سواء يجحدون اخوته فبات المقر لا يرث الاخ مع سائر ورثته ولا يرث من أبي المقر وأمه بخلاف من صح اقراره في حقه كما ذكرناه والثاني حجة رجوع المقر عما أقر في حق من سوى الاربعة أو الخمسة وعدم حجة في حق هؤلاء فان من أقر في مرضه بأخ وصدقه المقر له ثم رجع عما أقر يصح حتى انه لو أوصى بماله كله لانسان بعد الاقرار بأخ كان ماله كله للموصي له لان النسب لما ثبت كان اقراره بالاخ وقع باطلا فيصح رجوعه عما أقر وأما أخذ الاخ المقر له تركه المقر عند عدم المزاحم فليس باعتبار صحة الاقرار بالنسب بل باعتبار ان ذلك صار بمنزلة الموصى بجميع المال وباعتبار أن اقراره حجة في حق نفسه لا في حق غيره ولذلك قلنا باستحقاق المقر له النفقة على المقر في حال حياته الى هذا كله أشار في الذخيرة وفي الجامع الصغير للإمام المحمدي قال المصنف (ولا بد من تصديق هؤلاء) أي لا بد من تصديق المقر لهم المذكورين لانهم في أيدي أنفسهم فيتوقف نفاذ الاقرار على تصديقهم كذا في الكافي وغيره الا اذا كان المقر صغيرا في يد المقر وهو لا يبر عن نفسه

ويصح التصديق في النسب بعدموت المقر لانه مما يتيق بعد الموت وكذا تصديق الزوجة بالزوجة بعدموت الزوج المقر بالاتفاق لان حكم النكاح باق وهو العدة فانها واجبة بعد الموت وهي من آثار النكاح الا ترى انها (١٧) تغسله بعد الموت لقيام النكاح

وكذا تصديق الزوج بعد موتها لان الارث من أحكام النكاح وهو مما يتيق بعد النكاح كالعدة وهذا عندهما وقال أبو حنيفة لا يصح لان النكاح انقطع بالموت ولا عدة عليه ليصح باعتبارها ولا يصح التصديق على اعتبار الارث لانه معدوم حالة الاقرار وانما ثبت بعد الموت والتصديق يستند الى أول الاقرار معناه ان التصديق هو الموجب لثبوت النكاح الموجب للارث فلا يمكن أن يثبت بالارث ولقائل أن يعارض فيقول لا يصح التصديق على اعتبار العدة لانها معدومة حالة الاقرار وانما ثبت بعد الموت والتصديق يستند الى أول الاقرار ويفسر بما ذكرتم ويمكن أن يجاب عنه بأن العدة لازمة للموت عن نكاح بالاجماع بخلاف أن يعتبر النكاح المعين قائما باعتبارهما فكذا المقر به وأما الارث فليس بلازمه لجواز أن تكون المرأة كاتبة فلم يعتبر قائما باعتبارها (قوله معناه أن التصديق الخ) أقول فيه بحث (قوله ولقائل أن يعارض) أقول هذه المعارضة مدفوعة عن المصنف

ويصح التصديق في النسب بعدموت المقر لان النسب يتيق بعد الموت وكذا تصديق الزوجة لان حكم النكاح باق وكذا تصديق الزوج بعدموتها لان الارث من أحكامه وعند أبي حنيفة لا يصح لان النكاح انقطع بالموت ولهذا لا يحل له غسلها عندنا ولا يصح التصديق على اعتبار الارث لانه معدوم حالة الاقرار وانما ثبت بعد الموت والتصديق يستند الى أول الاقرار

أوعبداله فيثبت نسبه بمجرد الاقرار ولو كان عبد الغير يشترط تصديق مولاه كذا في التبيين (ويصح التصديق في النسب بعدموت المقر) يعني أن المقر له بالنسب اذا صدق في حال حياة المقر يصح فكذا اذا صدق بعدموته (لان النسب يتيق بعد الموت) فيصح تصديق المقر له بالنسب بعدموت المقر حتى يثبت به أحكام النسب بأسرها قال تاج الشريعة ولا يشك في هذا بايجاب البائع اذا مات قبل قبول المشتري لان الاقرار تام في نفسه والتصديق شرط فكان كما اذا باع بشرط الخيار للمشتري ثم مات البائع لا يبطل أما الايجاب فليس بتمام لان القبول ركن انتهى (وكذا تصديق الزوجة) أي وكذا يصح تصديق الزوجة زوجها في الاقرار بالزوجة بعدموت الزوج المقر بالاتفاق حتى يكون لها المهر والميراث (لان حكم النكاح) وهو العدة (باق) بعد الموت فان العدة واجبة بعد الموت وهي من آثار النكاح الا ترى انها تغسله بعد الموت لقيام النكاح من وجه (وكذا تصديق الزوج بعدموتها) أي وكذا يصح تصديق الزوج المرأة بعدموتها في الاقرار بالزوجة فعليه مهرها وله الميراث منها (لان الارث من أحكامه) أي من أحكام النكاح وهو مما يتيق بعد الموت كالعدة وهذا عند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله (وعند أبي حنيفة لا يصح) تصديق الزوج بعدموتها (لان النكاح انقطع بالموت) حتى يجوز له أن يتزوج أختها أو أمها أو غيرها (ولهذا لا يحل له غسلها) بعدموتها (عندنا) ولا عدة عليه ليصح باعتبارها كما في العكس (ولا يصح التصديق على اعتبار الارث) هذا جواب سؤال مقدر يريد على قول أبي حنيفة تقريره سلمنا أن تصديق الزوج اياها بعدموتها لا يصح نظر الى انقطاع النكاح بالموت بدليل أن الزوج لا يحل له أن يغسل زوجته بعدموتها باتفاق أصحابنا ولكن لم لا يصح تصديقه اياها بعدموتها نظر الى الارث الذي هو من حق آثار النكاح أيضا فقال لا يصح التصديق على اعتبار الارث (لانه) أي لان الارث (معدوم حالة الاقرار) أي حالة اقرار الزوجة بالنكاح (وانما ثبت) أي الارث (بعد الموت والتصديق يستند الى أول الاقرار) قال صاحب العناية معناه ان التصديق هو الموجب لثبوت النكاح الموجب للارث فلا يمكن أن يثبت بالارث انتهى (أقول) لا يخفى على الفطن أن معنى كلام المصنف ههنا أن التصديق يستند الى أول الاقرار بالنكاح والارث معدوم في تلك الحالة فلا يمكن اعتبار صحة التصديق باعتبار الارث المعدوم وقتئذ وأما المعنى الذي ذكره صاحب العناية فمع كونه مما لا يساعد على عبارة المصنف أصلا ليس بسديد ههنا أما أولا فلانه لم يقل أحد بأن التصديق يثبت بنفس الارث حتى يتم أن يقال في الجواب عنه لا يمكن أن يثبت التصديق بالارث لثبوت الارث به بل قيل صحة التصديق باعتبار ما صدقته وقت الارث الذي هو من آثار النكاح ولا ينافيه ثبوت نفس الارث بالتصديق وأما ثانيا فلان ذلك ينتقض بما اذا كان التصديق قبل موتها فانه يصح اتفاقا لمصادفته وقت ثبوت النكاح مع أنه يجري أن يقال ان التصديق هو الموجب لثبوت النكاح فلا يمكن أن يثبت بثبوت النكاح وأما ثالثا فلانه يلزم حينئذ أن يكون قول المصنف لانه معدوم حالة الاقرار وانما ثبت بعد الموت ضائعا مستدركا لغيره بان ذلك المعنى وان فرض ان الارث موجود حالة الاقرار ثابت قبل الموت تدبر وقال صاحب العناية ولقائل أن يعارض فيقول لا يصح التصديق على اعتبار العدة لانها معدومة حالة الاقرار

(٣ - تكمله سابق) فانه لم يعين أن المواد من حكم النكاح في قوله حكم النكاح باق هو العدة فعليه أرا به مثل حرمة الزوج بزواج آخر وحل غسلها فانه ثابت في حال النكاح أيضا ولو عينه لا يمكن أن يقال أرا به العدة ما يلزمها من أمثال ما ذكرنا بخلافه فلا إشكال

قال (ومن أقر بنسب من غير الوالد بن والوالدة والابن والابنة) لان فيه حمل النسب على الغير

وانما ثبت بعد الموت والتصديق يستند الى أول الاقرار ويفسر بما ذكرتم ويمكن أن يجاب عنه بأن العدة لازمة للموت عن نكاح بالاجماع فجاز أن يعتبر النكاح المعين فاعلم باعتبارها فكذا المقر به وأما الارث فليس يلزم له لجواز أن تكون المرأة كتابية فلم يعتبر فاعلم باعتبارها انتهت كلامه (أقول) جوابه ليس تمام لان العدة أيضا - يراد بالعدة الموت عن نكاح عند أي حنيفة لجواز أن تكون المرأة ذمية مات عنها زوجها الذي أو تكون حرة بية خرجت النكاح أو ذمية أو مستأنمة ثم أسلمت أو صارت ذمية فانه لا عدة عليها في هذه الصور عند أبي حنيفة رحمه الله اذ لم تكن حاملا كما تقر في محله والمعارضة المذكورة انما ترد على قول أبي حنيفة فلجواب المزبور لا يدفعها على أصله ثم ان بعض العلماء قال بعد نقل ما ذكره صاحب العناية في هذا المقام الظاهر أن مراد صاحب الهداية أن التصديق يستند الى حالة الاقرار وفي تلك الحالة لا يجب الارث بل هو حكم يجب ويثبت بعد الموت فحق هذا الاقرار صحيحا لا يثبت الارث ابتداء فيكون التصديق واقعا في شيء وهو في الحال معدوم من كل وجه وهو النكاح وأشير الى هذا في النهاية فلا ترد المعارضة أصلا لان وجوب العدة ثابت قبل الموت فلا يكون التصديق واقعا في نكاح معدوم من كل وجه الى ههنا كلامه (أقول) نعم اشير الى ذلك المعنى في النهاية وغيره اولى لكن قوله فلا ترد المعارضة أصلا ممنوع قوله لان وجوب العدة ثابت قبل الموت ان أراد به أن وجوبها ثابت قبل الموت في المعتدة بالطلاق فليس كذلك لا يجدي نفعه اذ الكلام في المعتدة بالموت وان أراد به أن وجوبها ثابت قبل الموت في المعتدة بالموت أيضا ممنوع بل وجوبها في المعتدة بالموت بعد الموت كما لا يخفى وصرح به في النهاية وغيره اوقال بعض الفضلاء هذه المعارضة مدفوعة عن المصنف فانه لم يعين أن المراد من حكم النكاح في قوله حكم النكاح باق هو العدة فله أن أراد به من مثل حرمة الزوج بزواج آخر وحل غسلها فانه ثابت في حال النكاح أيضا ولو عينه لا يمكن أن يقال أراد بالعدة ما يلزمها من أمثال ما ذكرنا مجازا فلا اشكال انتهى كلامه (أقول) ما ذكره من مثل حرمة الزوج بزواج آخر وحل غسلها ليس بحكم مسند نقل للنكاح بعد الموت بل هو من متفرعات العدة كما لا يخفى على العارف بالفقه فاذا أصبح التصديق على اعتبار العدة لم يصح ذلك على اعتبار ما هو متفرع عليها لان سقوط الأصل عن حيز الاعتبار يقتضي سقوط الفرع عن حيز ذلك أيضا فلا إشكال باق فان قيل اذا أقر رجل لرجل بعبد ففاته العبد وترك كسبا اكتسبه بعد الاقرار ثم صدقه المقر له استحق الكسب والارث في مثلتنا كذلك قلنا الكسب يقع ملكا من الانداس مال الرقبة لانه في حكم المنفعة ومن ملك رقبة ملك منافعها حكمها فيصير الاقرار بالعبد اقرارا بأن الكسب للمقر له فيصير قيامه بمنزلة قيام العبد فاما الارث فانما يثبت بعد موت المرأة على سبيل الخلافه عنها بسبب الزوجية لا بحكم الاقرار والمستحق عليها بالنكاح بقوت عوته فاقب في تصديقها بعد ذلك دعوى ارث مبتدأ كذا في الاسرار والايضاح وغيرهما (قال) أي القدر الذي يختص به (ومن أقر بنسب من غير الوالد بن والوالدة) الصلي (شوا الاخ والم) ونحو الجسد وابن الابن كما صرح بهما أيضا في المكافى (لا يقبل اقراره في النسب) وان صدقه المقر له بل لا بد فيه من البيضة كما ذكر في التحفة وغيرها (لان فيه) أي في هذا الاقرار (حمل النسب على الغير) فان في الاقرار بالاخ حمل النسب على الاب اذا المقر له بالاخوة ما لم يكن ابن أبي المقر لا يكون أحاله وفي الاقرار بالعم حمل النسب على الجد اذا المقر له بالعمومة ما لم يكن ابن جد المقر لا يكون عمه وفي الاقرار بابن الابن حمل النسب على الابن اذا المقر له لا يكون ابن ابن المقر ما لم يثبت بنوته من ابن المقر وفي الاقرار بالجد حمل النسب على الاب اذا المقر له لا يكون جد المقر ما لم يثبت

قال (ومن أقر بنسب من غير الوالد بن الخ) ومن أقر بأخ أو عم لم يقبل في النسب لان فيه حمله على الغير

(فان كان له وارث معروف قريب أو بعيد فهو أولى بالميراث من المقرلة) لانه لما لم يثبت نسبته منه لا يرأحم الوارث المعروف (وان لم يكن له وارث استحق المقرلة ميراثه) لانه ولاية التصرف في مال نفسه عند عدم الوارث ألا يرى أن له أن يوصي بجميعه فيستحق جميع المال وان لم يثبت نسبته منه لما فيه من حل النسب على الغير وليست هذه وصية حقيقة حتى ان من أقر بأخ ثم أوصى لاخر بجميع ماله كان للوصي له ثلث جميع المال خاصة ولو كان الأول وصية لاشتركا نصفين لكنه بقوله حتى لو أقر في مرضه بأخ وصدقه المقرلة ثم أنكر المقر ورأته ثم أوصى بماله كله لانيان كان ماله للوصي له ولو لم يوص لاحد كان لبيت المال لان رجوعه صحيح لان النسب لم يثبت فبطل اقراره قل (ومن مات أبوه فأقر بأخ لم يثبت نسب أخيه) لما بينا (ويشارك في الارث)

أبوه من أبيه (فان كان له) أي للمقر بمخوما ذكر (وارث معروف قريب) كأصحاب القروض والعصبات (أو بعيد) كذوي الارحام (فهو) أي الوارث المعروف (أولى بالميراث من المقرلة) حتى لو أقر بأخ وله عمة أو خالة فالارث للعمة والخالة (لانه لما لم يثبت نسبته) أي نسب المقرلة (منه) أي من المقر (لا يرأحم الوارث المعروف) قال في النهاية قوله فان كان له وارث بالفاء بعد قوله لا يقبل اقراره في النسب وقيل في محله لان هذا نتيجة ذلك فصوره ذلك أن الرجل اذا أقر في مرضه بأخ له من أبيه وأمه أو ابن ابن له ثم مات وله عمة أو خالة أو مولى موالاة فالميراث للعمة والخالة أو المولى ولا شيء للمقرلة لان النسب لا يثبت باقراره فلا يستحق المقرلة مع وارث معروف انتهى (وان لم يكن له) أي للمقر (وارث) معروف (استحق المقرلة ميراثه) لانه أقر بشيئين بالنسب واستحقاق ماله بعده وهو في الاول مقر على غيره واققراره على غيره غير معتبر اذ ولاية له على غيره وفي الثاني مقر على نفسه واققراره على نفسه معتبر (لان له ولاية التصرف في مال نفسه عند عدم الوارث ألا يرى أن له أن يوصي بجميعه) أي بجميع ماله وقد جعل ماله للمقرلة فيما نحن فيه باقراره باستحقاقه ذلك به صد (فيستحق) المقرلة (جميع المال وان لم يثبت نسبته) من المقر (لما فيه) أي في الاقرار المزبور (من حمل النسب على الغير وليست هذه) أي هذه الصورة والقضية يعنى الاقرار المذكور (وصية حقيقة) أوضح ذلك بقوله (حتى ان من أقر بأخ ثم أوصى لاخر بجميع ماله كان للوصي له ثلث جميع المال ولو كان الاول) يعنى الاقرار بالاخ (وصية لاشتركا) أي الاخ والموصي له بجميع ماله نصفين لكنه استدراك من قوله وليست هذه وصية حقيقة أي لكن الاقرار المذكور (بمقرله) أي بمقرله الوصية بتأويل الایضاء ولعمري أن المصنف يفرط في المساهلة في أمر التذكير والتأنيث في كتابه هذا كما ترى ومن ذلك أنه أشار فيما مر آنفا إلى الاقرار بالنقطة هذه وأرجع ههنا إلى الوصية ضمير المذكور (حتى لو أقر في مرضه بأخ وصدقه المقرلة ثم أنكر المقر ورأته ثم أوصى بماله كله لانيان) ومات ولا وارث له (كان ماله) جميعا (للموصي له ولو لم يوص لاحد كان) ماله (لبت المال لان رجوعه) أي رجوع المقر المزبور (صحيح) يعنى أن انكاره رجوع والرجوع عن مثل هذا صحيح عزلة الرجوع عن الوصية (لان النسب لم يثبت فبطل اقراره) وينبغي لنا أن نعرف أن الرجوع عن الاقرار بالنسب انما يصح اذا كان الرجوع قبل ثبوت النسب كما نحن فيه لان النسب لم يثبت لكونه تمملا على الغير وليس له ذلك وأما اذا ثبت النسب فلا يصح الرجوع بعد ذلك لان النسب لا يحتمل النقص بعد ثبوته (قال) أي القيد في محتمره (ومن مات أبوه فأقر بأخ لم يثبت نسب أخيه لما بينا) أن فيه حمل النسب على الغير (ويشارك في الارث) أي يشارك المقرلة بالاخ والمقر في الارث من أبيه وبه قال مالك وأحدوا كثر أهل العلم وقال الشافعي لا يشاركه في الارث لعدم ثبوت النسب

وأما في الارث فاما أن يكون له وارث معروف قريبا كان كذوي القروض والعصبات مطلقا أو بعيدا كذوي الارحام أو لا يكون فان كان فهو أولى بالميراث من المقرلة هذا لان لم يثبت نسبته لم يرأحم الوارث المعروف وان لم يكن استحق المقرلة ميراثه لانه أقر بشيئين بالنسب واستحقاق ماله بعده والاول اقرار على غيره وهو غير مسوع والثاني على نفسه وهو مسوع لان له التصرف في مال نفسه عند عدم القريب والوارث حتى لو أوصى بجميعه استحقه الموصي له وبشبه كلامه لا يحتاج الى بيان (قوله ومن مات أبوه فأقر بأخ لم يثبت نسبته) سبق على ما ذكرناه ان الاقرار على نفسه صحيح (فيشاركه في الارث) وعلى الغير غير صحيح فلم يثبت نسبته وهو المشهور عن أبي حنيفة وان كان المقر أحد ابنتين لم يثبت النسب أيضا والمقرلة يشارك المقر في الارث بناء على ما مر من الاصل

لان اقراره تضمن شيئين جل النسب على الغير ولا ولاية له عليه والاشراك في المال وله فيه ولاية فيثبت
كالمشتري اذا اقر على البائع بالعق لم يقبل اقراره حتى لا يرجع عليه بالثمن ولكنه يقبل في حق
العق قال (ومن مات وترك ابنين وله على آخر مائة درهم فأقر أحدهما أن أباه قبض منها خمسين
لاشيء للقر وللاخر خمسون)

وحكى ذلك عن ابن سيرين قال المصنف في تعليل المشاركة (لان اقراره تضمن شيئين) أحدهما
(جل النسب على الغير ولا ولاية له) أي للقر (عليه) أي على الغير فلا يثبت (و) الثاني (الاشراك
في المال وله فيه ولاية) لانه اقراره على نفسه وله ولاية على نفسه (فيثبت) ومثل هذا ليس بممتنع
(كالمشتري اذا اقر على البائع بالعق) أي بعق ما اشتراه من ذلك البائع (لم يقبل اقراره) في حق
الرجوع بالثمن على البائع (حتى لا يرجع عليه بالثمن) لكونه اقرارا على الغير في حق الرجوع بالثمن
(ولكنه يقبل) اقراره (في حق العق) حتى يعتق عليه ما اشتراه لكونه اقرارا على نفسه في حق
ذلك واعلم أنه اذا قبل اقراره في حق نفسه يستحق المقر له نصف نصيب المقر عندنا وعند مالك
وابن أبي ليلى يجعل اقراره شائعا في التركة فيعطى المقر من نصيبه ما يخصه من ذلك حتى لو كان لشخص
مات أبوه أخ معه روف فأقر بأخ آخر فكذب أخوه المعروف فيه أعطى المقر له ما في يده عندنا
وعندهما ثلث ما في يده لان المقر قد أقر له بثلث شائع في النصفين فينفذ اقراره في حصته وبطل ما كان
في حصة أخيه فيكون له ثلث ما في يده وهو سدس جميع المال والسدس الآخر في نصيب أخيه
بطل اقراره فيه ونحن نقول ان في زعم المقر أنه يساويه في الاستحقاق والمنكر ظالم بانكاره فيجعل
ما في يده كالمالك فيكون الباقي بينهما بالسوية ولو أقر بأخت تأخذ ثلث ما في يده عندنا وعندهما
تأخذ خمسة ولو أقر ابن وبنت بأخ وكذب ما بين آخر مع روف يقسم نصيب المقرين عندنا وأخماسا
وعندهما أرباعا والآخر يجمع ظاهر ولو أقر بامرأة أنها زوجة أبيه أخذت ثمن ما في يده ولو أقر بحصة
صحبة أخذت سدس ما في يده فيعامل فيما في يده كما به امل لو ثبت ما أقر به ولو أقر أحد الابنين المعروفين
بأمرأة أنها زوجة أبيهما وكذب الآخر أخذت نسبي ما في يده عندنا وعند مالك وابن أبي ليلى إلهما ثمن
ما في يده لان في زعم المقر أن المرأة ثمن ما في يدي الابنين إلا أن اقراره صح فيما يدنفسه ولا يصح في حق
صاحبه واذا صح في حق نفسه يعطيهما ثمن ما في يده ونحن نقول ان في زعم المقر أن التركة بينهما على ستة
عشر سهما للزوجة سهمان ولكل ابن سبعة أسهم فلما أخذ أخوه أكثر من حقه في زعمه ما صار ذلك
كالمالك فيقسم النصف الذي في يدها المقر بينهما وبينها على قدر حقهما ويجعل ما يحصل للقر وهو سبعة
على تسعة أسهم فتضرب في قدر حقهما وهو سهمان ويضرب المقر بقدر حقه وهو سبعة أسهم
كذا في التبيين والبدائع والايضاح ثم اعلم أنه لا يثبت النسب في حق الميراث باقرار واحد
وأما يثبت باقرار رجلين أو رجل وامرأتين من الورثة وقال أبو يوسف والحسن والشافعي كل من يجوز
الميراث يثبت النسب بقوله وان كان واحدا والاول أصح اعتبارا للاقرار بالشهادة كذا ذكره الزاهد
في شرح مختصر القدوري نقلنا عن شرح الاقطع وتوضيحه ما ذكره صاحب البدائع من أن الاقرار بنحو
الاخوة اقرار على غيره لما فيه من جل نسب غيره على غيره فكان شهادة وشهادة الفرد غير مقبولة بخلاف
ماذا كان اثنين فصاعدا لان شهادة رجلين أو رجل وامرأتين في النسب مقبولة (قال) أي محمد
رحمه الله في الجامع الصغير (ومن مات وترك ابنين وله) أي وليت (على آخر مائة درهم فأقر
أحدهما) أي أحد الابنين (أن أباه قبض منها) أي من المائة (خمين) درهما (لاشيء للقر) أي لا شيء
من المائة لابن المقر (وللاخر) أي وللابن الآخر (خسون) منها يعني كان لابن الآخر

(لان اقراره تضمن شيئين
جل النسب على الغير
والاشراك في ماله ولا ولاية
في الاول فلم يثبت وله ذلك
في الثاني فيثبت) قال أبو
حنيفة اذا أقر أحد الابنين
بأخ ثالث وكذبه أخوه
المعروف فيه أعطاه المقر
نصف ما في يده وقال ابن أبي
ليلى يعطيه ثلث ما في يده
لان المقر أقر له بثلث شائع
في النصفين فنقد في حصته
وبطل في حصة الآخر
ولابي حنيفة ان زعم المقر
أنه يساويه في الاستحقاق
والمنكر ظالم فيجعل ما في يده
المنكر كالمالك ويكون
الباقي بينهما بالسوية قال
(ومن مات وترك ابنين الخ)
ومن مات وترك ابنين وله
على آخر مائة درهم فأقر
أحدهما أن أباه قبض منها
خمين لا شيء للقر وللاخر
خسون بناء على ما ذكرنا من
الاقرار على نفسه وعلى غيره
وهو الاخ والميت فيصح
على نفسه ولا يصح عليهما
ثم يحلف الاخ بالله ما يعلم
ان أباه قبض منه المائة
ويقبض الخمسين من الغريم

لان هذا اقرار بالدين على الميت لان الاستيفاء انما يكون بقبض مضمون على ما امر ان الدينون تقضي بأمثالها واقرار الوارث بالدين على الميت يوجب القضاء عليه من حصة خاصة فان أ كذبه أخوه استغرق الدين نصيبه (٣١)

لان هذا اقرار بالدين على الميت لان الاستيفاء انما يكون بقبض مضمون فاذا كذبه أخوه استغرق الدين نصيبه كما هو المذهب عندنا غاية الامر انهما تصادقا على كون المقبوض مشتركا بينهما مال لكن المقر لو رجع على القابض بشئ لم يرجع القابض على الغريم ورجع الغريم على المقر فيؤدي الى الدور أن يأخذ الخمس من الغريم بعد أن يحلف بالله ما يعلم أن أباه قبض منه المائة (لان هذا) أي لان اقرار أحد الابنين بما ذكر (اقرار بالدين على الميت لان الاستيفاء) أي استيفاء الدين (انما يكون بقبض مضمون) لما امر أن الدينون تقضي بأمثالها فيجب للدينون على صاحب الدين مثل مال صاحب الدين عليه فيلتحقان فصاوا اقرار الوارث بالدين على الميت يوجب القضاء عليه من حصة خاصة (فاذا كذبه) أي كذب المقر (أخوه استغرق الدين نصيبه) أي نصيب المقر (كما هو المذهب عندنا) احتراز عن قول ابن أبي ليلى فان هلاك الدين على الغير بسبب الاقرار يختص عندنا بنصيب المقر وعند ابن أبي ليلى يشيع في النصيبين كذا في أكثر الشروح وقال في الكفاية خلافا للشافعي فعنده يشيع في النصيبين وقال في معراج الدراية وما هو المذهب عندنا قال الشافعي في قول وقال الشافعي في قول وأحمد يلزمه نصف الدين وهو قياس مذهب مالك وبه قال النخعي والحسن وأبو عبيدة وأبو ثور انتهى قال صاحب العناية وعورض بأن صرف اقراره الى نصيبه خاصة يستلزم قسمة الدين قبل القبض وهي لا تجوز والجواب أن قسمة الدين انما تكون بعد وجود الدين واذا أقر المقر بقبض خسين قبل الورثة لم ينتقل على زعمه من الدين الا الخمسون فلم تتحقق القسمة انتهى (أقول) الجواب المزبور ليس بشاف لان حاصله عدم لزوم قسمة الدين قبل القبض على زعم المقر وزعم المقر انما يؤثر في حق نفسه لاني حق الغير فيكون في المحذور لزوم ذلك على زعم الآخر فان قسمة الدين قبل القبض لا تجوز بالنظر الى كل أحد فالأظهر عندي في الجواب أن به ان قسمة الدين قبل القبض انما لا تجوز في القسمة الحقيقية وأما في القسمة الحكيمة كما نحن فيه فعدم جوازها ممنوع وبؤيده ما صرحوا به في فصل الدين المشترك من كتاب الصلح بأن القسمة قبل القبض انما لا تجوز قصد الاختلاف تأمل قال المصنف (غاية الامر انهما) أي الابنين (تصادقا على كون المقبوض مشتركا بينهما) أي على كون الخسين الباقين على الغريم الذي يقضه الابن المنكر مشتركا بين الابن المقر والابن المنكر هذا جواب سؤال مقدر تقريره أن جميع الدين كان مشتركا بينهما فكذلك كل جزء من أجزائه يكون مشتركا بينهما فإدراك ذلك مشترك كالوما بقي يبقى مشتركا بينهما فالابن المنكر لما جدد الهلاك لم ينكر الاشتراك في شئ من أجزائه والابن المقر وان زعم أن بعض أجزائه هالك إلا أنه لم ينكر الاشتراك فيما بقي بعد الهلاك فهذا متصادقان في الاشتراك في الباقي المقبوض فيبقى أن يكون ذلك بينهما منصفين ويرجع المقر على القابض بنصف ما قبضه فأجاب بأنهما وان تصادقا على كون المقبوض مشتركا بينهما (لكن المقر) يرجع على القابض بشئ لعدم الفائدة إذ (لو رجع على القابض بشئ لم يرجع القابض على الغريم) بقدر ذلك لزعمه أن أباه لم يقبض شيئا من الغريم وله تمام الخمسين بسبب سابق (ورجع الغريم) أيضا على المقر بقدر ذلك لا لتفاضل المقاصد في ذلك القدر وبقيته دين على الميت عوجب اقراره والدين مقدم على الارث (فيؤدي الى الدور) ولا فائدة فيه وقد قرر صاحب العناية السؤال والجواب ههنا بوجه آخر حيث قال فان قبل زعم المقر يعارضه زعم المنكر فان في زعمه ان المقبوض على التركة كما في زعم وقد انتقض القبض في هذا المقدار فيرجع بتمامه - فله ورجع الغريم على المقر لاقراره بدين على الميت مقدم على الميراث فيؤدي الى الدور

لان هذا اقرار بالدين على الميت لان الاستيفاء انما يكون بقبض مضمون فاذا كذبه أخوه استغرق الدين نصيبه كما هو المذهب عندنا غاية الامر انهما تصادقا على كون المقبوض مشتركا بينهما مال لكن المقر لو رجع على القابض بشئ لم يرجع القابض على الغريم ورجع الغريم على المقر فيؤدي الى الدور أن يأخذ الخمس من الغريم بعد أن يحلف بالله ما يعلم أن أباه قبض منه المائة (لان هذا) أي لان اقرار أحد الابنين بما ذكر (اقرار بالدين على الميت لان الاستيفاء) أي استيفاء الدين (انما يكون بقبض مضمون) لما امر أن الدينون تقضي بأمثالها فيجب للدينون على صاحب الدين مثل مال صاحب الدين عليه فيلتحقان فصاوا اقرار الوارث بالدين على الميت يوجب القضاء عليه من حصة خاصة (فاذا كذبه) أي كذب المقر (أخوه استغرق الدين نصيبه) أي نصيب المقر (كما هو المذهب عندنا) احتراز عن قول ابن أبي ليلى فان هلاك الدين على الغير بسبب الاقرار يختص عندنا بنصيب المقر وعند ابن أبي ليلى يشيع في النصيبين كذا في أكثر الشروح وقال في الكفاية خلافا للشافعي فعنده يشيع في النصيبين وقال في معراج الدراية وما هو المذهب عندنا قال الشافعي في قول وقال الشافعي في قول وأحمد يلزمه نصف الدين وهو قياس مذهب مالك وبه قال النخعي والحسن وأبو عبيدة وأبو ثور انتهى قال صاحب العناية وعورض بأن صرف اقراره الى نصيبه خاصة يستلزم قسمة الدين قبل القبض وهي لا تجوز والجواب أن قسمة الدين انما تكون بعد وجود الدين واذا أقر المقر بقبض خسين قبل الورثة لم ينتقل على زعمه من الدين الا الخمسون فلم تتحقق القسمة انتهى (أقول) الجواب المزبور ليس بشاف لان حاصله عدم لزوم قسمة الدين قبل القبض على زعم المقر وزعم المقر انما يؤثر في حق نفسه لاني حق الغير فيكون في المحذور لزوم ذلك على زعم الآخر فان قسمة الدين قبل القبض لا تجوز بالنظر الى كل أحد فالأظهر عندي في الجواب أن به ان قسمة الدين قبل القبض انما لا تجوز في القسمة الحقيقية وأما في القسمة الحكيمة كما نحن فيه فعدم جوازها ممنوع وبؤيده ما صرحوا به في فصل الدين المشترك من كتاب الصلح بأن القسمة قبل القبض انما لا تجوز قصد الاختلاف تأمل قال المصنف (غاية الامر انهما) أي الابنين (تصادقا على كون المقبوض مشتركا بينهما) أي على كون الخسين الباقين على الغريم الذي يقضه الابن المنكر مشتركا بين الابن المقر والابن المنكر هذا جواب سؤال مقدر تقريره أن جميع الدين كان مشتركا بينهما فكذلك كل جزء من أجزائه يكون مشتركا بينهما فإدراك ذلك مشترك كالوما بقي يبقى مشتركا بينهما فالابن المنكر لما جدد الهلاك لم ينكر الاشتراك في شئ من أجزائه والابن المقر وان زعم أن بعض أجزائه هالك إلا أنه لم ينكر الاشتراك فيما بقي بعد الهلاك فهذا متصادقان في الاشتراك في الباقي المقبوض فيبقى أن يكون ذلك بينهما منصفين ويرجع المقر على القابض بنصف ما قبضه فأجاب بأنهما وان تصادقا على كون المقبوض مشتركا بينهما (لكن المقر) يرجع على القابض بشئ لعدم الفائدة إذ (لو رجع على القابض بشئ لم يرجع القابض على الغريم) بقدر ذلك لزعمه أن أباه لم يقبض شيئا من الغريم وله تمام الخمسين بسبب سابق (ورجع الغريم) أيضا على المقر بقدر ذلك لا لتفاضل المقاصد في ذلك القدر وبقيته دين على الميت عوجب اقراره والدين مقدم على الارث (فيؤدي الى الدور) ولا فائدة فيه وقد قرر صاحب العناية السؤال والجواب ههنا بوجه آخر حيث قال فان قبل زعم المقر يعارضه زعم المنكر فان في زعمه ان المقبوض على التركة كما في زعم وقد انتقض القبض في هذا المقدار فيرجع بتمامه - فله ورجع الغريم على المقر لاقراره بدين على الميت مقدم على الميراث فيؤدي الى الدور

(قوله على ما أمر) أقول في أو آخر باب الاستثناء (قوله استغرق الدين نصيبه) أقول أي نصيب المقر

واقائل أن يقول إذا كان من زعم المنكر أن أباه لم يقبض شيئا كان من زعمه أن أخاه في إقراره ظالم وهو بما يقبضه أخوه مظلوم فلا يرجع
على الغريم بشئ لأن المظلوم لا ينظم غيره والجواب أن المظلوم لا ينظم غيره ولكنه في زعمه ليس في الرجوع بظالم بل طالب لتمام حقه والله أعلم

﴿ كتاب الصلح ﴾

قد ذكرنا وجه المناسبة في أول الإقرار (٢٢) فلا نعيد وهو اسم للصالحه خلاف الخاصه وفي اصطلاح الفقهاء

﴿ كتاب الصلح ﴾

المقر والمنكر يدعي زيادة على المقبوض فتصادق على كون المقبوض مشتركا بينهما فالمرجع لزعم
المقر على زعم المنكر حتى انصرف المقر به الى نصيب المقر خاصة ولم يكن المقبوض مشتركا بينهما أجب
بقوله غاية الامر انهما تصادقا على كون المقبوض مشتركا بينهما لكن المقر لو رجع يعني أن المرجع
هو أن اعتبار زعم المنكر يؤدي الى عدم الفائدة بلزوم الدور انتهى (أقول) كل واحد من تقريري السؤال
والجواب على الوجه الذي ذكره محتال أما تقرير السؤال فلان حديث معارضه زعم المقر لزعم المنكر
وترجيح زعم المقر على زعم المنكر مما لا أساس له بكلام المنصف ههنا لانه قال غاية الامر انهما تصادقا على
كون المقبوض مشتركا بينهما ولا شك ان التصادق ينافي التعارض والترجيح فكيف يحمل كلامه على
ذلك والعجب ان صاحب العناية أدرج تصادقهما أيضا في أثناء تقرير السؤال وفرغ على تعارض زعميهما
حيث قال فتصادقا على كون المقبوض مشتركا بينهما ثم طلب المرجع بقوله فما المرجع لزعم المقر على زعم
المنكر ولا يخفى أن في نفس هذا التقرر تعارض وتناقض وأما تقرير الجواب فلان المفهوم من قوله يعني
أن المرجع هو أن اعتبار زعم المنكر يؤدي الى عدم الفائدة بلزوم الدور هو أن لزوم الدور وانما يكون
باعتبار زعم المنكر دون المقر وليس كذلك بل لزوم الدور وانما يكون باعتبار زعم المقر دون زعم المنكر
لأن رجوع الغريم على المقر بالأخوة انما هو على زعم المقر أن أباه قبض منه الخمسين وانما في عليه
الخمسون المقبوض وأما على زعم المنكر وهو أن أباه لم يقبض منه شيئا فلا يرجع الغريم على المقر بشئ
بل يلزمه أن يعطى المقر أيضا مثل ما أعطاه المنكر فلا يلزم الدور وتدرت فثم قال صاحب العناية
ولقائل أن يقول إذا كان من زعم المنكر أن أباه لم يقبض شيئا كان من زعمه أن أخاه في إقراره ظالم وهو
فيما يقبضه أخوه مظلوم فلا يرجع على الغريم بشئ لأن المظلوم لا ينظم غيره والجواب أن المظلوم
لا ينظم غيره ولكنه في زعمه ليس في الرجوع بظالم بل طالب لتمام حقه انتهى (أقول) في الجواب نظر
لأن الخمسين الذي قبضه المنكر من الغريم أولا ان كان يتماهم حق المنكر لم يكن هو في رجوعه على
الغريم بعد ذلك طالبا لتمام حقه اذ ليس حقه في المائة براءتة على الخمسين حتى يكون طالبا لتمامه وان
لم يكن المقبوض أولا يتماهم حقه بل كان بعضه حق أخيه لم يكن هو فيما يقبضه أخوه منه مظلوما
وسوق الجواب المزبور على تسليم مظلوميته كما ترى فالخفي في الجواب أن يقال لان سلم انه اذا كان من زعم
المنكر أن أباه لم يقبض شيئا كان في زعمه انه فيما يقبضه أخوه منه مظلوم كيف وهما متصادقان على
كون ما قبضه من الغريم أولا مشتركا بينهما كما تقررنه مجوزا أن يكون من زعم المنكر ذلك أب أخاه ظالم
لنفسه حيث أبطل حقه في المائة بإقراره بأن أباه قبض منها الخمسين

﴿ كتاب الصلح ﴾

قد مر مناسبة الصلح بالإقرار في أول كتاب الإقرار والصلح في اللغة اسم للصالحه التي هي المسالمة خلاف

الخاصة

وبحسب البديلين على القسمة العقلية على ما سنذكره جوازه ثابت بالكتاب والسنة

(قوله ولقائل أن يقول الى قوله في إقراره ظالم) أقول فيه شئ فاهما المتصادق على كون المقبوض مشتركا بينهما يعني أن أخاه فيما يقبضه
منه ظالم مجال ظاهرا (قوله لان المظلوم لا ينظم غيره) أقول الغريم لم يوف غلاما عليه عنده فلا يكون مظلوما اذا رجع عليه في زعمه
وهذا هو مراد الشارح

﴿ كتاب الصلح ﴾

عقد وضع لرفع المناصبه
وسببه تعلق البقاء المقدر
لتعاطيه وقد بيناه في
التقرير وشرطه كون
المصالح عنه مما يجوز عنه
الاغتياض وسبب ما بقي
تفصيل له وركنه الايجاب
مطلقا والقبول فيما يتعين
بالتعيين وأما اذا وقع
الدعوى في الدراهم
والدنانير وطلب الصلح على
ذلك الجنس فقد تم الصلح
بقول المدعي قبلت ولا يحتاج
فيه الى قبول المدعي عليه لانه
اسقاط لبعض الحق وهو يتم
بالمسقط بخلاف الأول
لانه طلب البيع من غيره
فقال ذلك الغير بعت لانيتم
البيع ما لم يقبل الطالب
قبلت وحكمه فملك المدعي
المصالح عليه منكر كان
الخصم أو مقرا أو وقوعه
للمدعي عليه في المصالح
عنه ان كان مما يحتمل
التملك والبراقعة في غيره ان
كان مقرا وان كان منكرا
فحكمه وفوق البراقعة
دعوى المدعي احتل المصالح
عنه التملك أولا وأنواعه
بحسب أحوال المدعي عليه
ما هو المذكور في الكتاب

الخاصة وأصله من الصلاح وهو استقامة الحال فنعناه دال على حسنه الذاتي وفي الشريعة عبارة عن عقد وضع لرفع المنازعة وسببه تعلق البقاء المقصد بتعاطيه كافي سائر المعاملات وركنه الإيجاب والقبول كذا ذكر في البدائع والكافي وكثير من الشروح قال صاحب العناية أخذ من النهاية وركنه الإيجاب مطلقا والقبول فيما يتعين بالتعيين وأما إذا وقع الدعوى في الدراهم والدنانير وطلب الصلح على ذلك الجنس فقد تم الصلح بقول المدعي قبلت ولا يحتاج فيه إلى قبول المدعي عليه لأنه إسقاط لبعض الحق وهو يتم بالمسقط بخلاف الأول لأنه طلب البيع من غيره ومن طلب البيع من غيره فقال ذلك الغير بعث لا يتم البيع ما لم يقل الطالب قبلت انتهى (أقول) فيه بحث أما أولا فلا نه سياق في الكتاب أن الصلح إذا وقع عن إقرار فان كان عن مال يعمل اعتبر فيه ما يعتبر في البياعات وإن كان عن مال بمنافع اعتبر بالأجارات وإذا وقع عن سكوت أو انكار كان في حق المدعي عليه لاقتداء العيين وقطع الخصومة وفي حق المدعي بمعنى المعاوضة فإذا تقرر هذه الضابطة فلو وقع الدعوى في الدراهم والدنانير وطلب الصلح على ذلك الجنس وكان وقوع الصلح عن سكوت أو انكار وجب أن لا يتم الصلح بقول المدعي قبلت لأن كونه إسقاطا لبعض الحق واستيفاء لبعضه الآخر فيما إذا وقع عن سكوت أو انكار إنما هو في حق المدعي وأما في حق المدعي عليه فأنما هو لاقتداء العيين وقطع الخصومة فلا بد من قبوله أيضا حتى يتحقق الاقتداء وتقطع الخصومة وأما ثانياً لأنه إذا وقع الدعوى فيما يتعين بالتعيين كالدار مثلا فصول على قطعة منها أو الحق به ذكر البراءة عن دعوى الباقي كان الصلح صحيحا على ما سيجي في الكتاب فينبغي أن يتم هناك أيضا بقول المدعي قبلت بدون قبول المدعي عليه لكونه إسقاطا للدعوى بعض الحق بمثل ما قال فيما إذا وقع الدعوى في الدراهم والدنانير وطلب الصلح على ذلك الجنس فلا يتم إطلاق قوله والقبول فيما يتعين بالتعيين وأما ثالثا فلا نه قوله لأنه طلب البيع من غيره الخ في تعليل قوله بخلاف الأول قاصر عن إفادة كلية المدعي وهو ركنية الإيجاب والقبول معا فيما يتعين بالتعيين مطلقا فان طلب البيع من غيره لا يتشقي في كل صورة من الصور الثلاث المندرجة في الضابطة المذكورة الصلح بل إنما ينشئ في صورة واحدة منها وهي ما إذا كان الصلح عن إقرار وكان مالا يعمل فتأمل وشرط مطلق الصلح كون المصالح عنه مما يجوز عنه الاعتراض ولا أنواعه شروط أخرى سياق في تفصيلها في الكتاب وحكمه وقوع البراءة عن دعوى المدعي كذا في الكافي وبعض الشروح قال في العناية أخذ من النهاية وحكمه تلك المدعي المصالح عليه منكر كان الخصم أم مقرر أو وقعه للمدعي عليه في المصالح عنه إن كان مما يحتمل التملك والبراءة له في غيره إن كان مقرر وإن كان منكرا حكمه وقوع البراءة عن دعوى المدعي احتمل المصالح عنه التملك أو لا انتهى (أقول) فيه كلام وهو أن المصالح عليه أيضا قد يكون مما لا يحتمل التملك كترك الدعوى فانهم صرحوا بأنه إذا ادعى حقاني دار رجل وادعى المدعي عليه حقاني أرض بيد المدعي فاصطلماعا على ترك الدعوى فانه جائز جعل حكم الصلح في جانب المصالح عنه قسمين تلك المدعي عليه إياه وبرائه عن دعوى المدعي وفي جانب المصالح عليه قسمين أو أحدها هو تلك المدعي إياه مع جريان احتمال التملك وعدم احتماله في الجانبين معا مما لا يخلو عن تحكيم فان فاقش في المثال المذكور بان كون المصالح عليه ترك الدعوى في ذلك أمر ظاهري مبني على السامحة وإنما المصالح عليه حقيقة في ذلك ما ادعاه كل واحد منهما من الحق فيما به لا آخر فانه يقع مصالحا عنه بالنظر إلى ذي اليد ومصالحا عليه بالنظر إلى الآخر وهو مما لا يحتمل التملك قطعاً فلنا فإذا يقال فيما إذا ادعى كل واحد منهما على الآخر قصاصا فاصطلماعا على ترك الدعوى والعفو من الجانبين إذا شك أنه كان ترك الدعوى والعفو مما لا يحتمل التملك كذلك نفس القصاص مما لا يحتمله فلا يتصور في هذه الصور

(قال الصلح على ثلاثة أضرب) المحصر على هذه الأنواع ضروري لأن الخصم وقت الدعوى إما أن يسكت أو يتكلم مجيباً وهو لا يخلو عن النفي والاثبات لا يقال قد يتكلم بما لا يتصل بمحل النزاع لأنه سقط بقولنا مجيباً وكل ذلك جائز (لقوله تعالى والصلح خير) فإنه باطلاً لا يفتاؤها فان منع الاطلاق لوقوعه في سياق صلح الزوجين في قوله تعالى فلا جناح لمهما أن يصالحا بينهما صلحا والصلح خير فكان للعهد أجيب بأن الاعتبار لعموم اللفظ لا لخصوص السبب وبأنه ذكر اللفظ لئلا يخلو عن أي لا جناح عليه ما أن يصالحا لأن الصلح خير فكان عاماً ولا نه وقع قوله تعالى أن يصالحا (٣٤) في سياق الشرط فكان مستقبلاً وقوله تعالى والصلح خير كان في الحال فلم يكن إياه

بل جنسه فان قيل سلمناه ولكن صرفه الى الكل متعذراً لأن الصلح بعد البين وصلح المودع وصلح من ادعى قد فاعلى آخر وصلح من ادعى على امرأة تكاحاً فأنكرت لا يجوز فيصرف الى الادنى وهو الصلح عن اقرار أجيب بأن ترك العمل بالاطلاق في بعض المواضع لم يمنع لا يستلزم تركه عند عدمه (ولقوله صلى الله عليه وسلم كل صلح جائز بين المسلمين الا صلحاً محرماً أو محرماً حلالاً

(قوله لأنه سقط بقولنا مجيباً) أقول فيه بحث اذ لا يكون المحصر حينئذ ضرورياً قال المصنف (لاطلاق قوله تعالى والصلح خير) أقول أي لقوله المطلق فالإضافة من قبيل إضافة الصفة الى الموصوف وتعمام الآية وإن امرأة خافت من بعلها نشوزاً أو اعراضاً فلا جناح عليهما أن يصالحا بينهما صلحاً والصلح خير (قوله أجيب

قال (الصلح على ثلاثة أضرب صلح مع اقرار وصلح مع سكوت وهو أن لا يقر المدعى عليه ولا ينكر وصلح مع انكار وكل ذلك جائز) لا طلاق قوله تعالى والصلح خير ولقوله عليه الصلاة والسلام كل صلح جائز فيما بين المسلمين الا صلحاً محرماً أو محرماً حلالاً

فذلك المدعى المصالح عليه بل انما يتيسر فيها براءة كل واحد منهما عن دعوى الآخر بقى ههنا كلام آخر وهو انه اذا ادعى رجل داراً وأنكر المدعى عليه ودفع المدعى الى ذي اليد شيئاً بطريق الصلح وأخذ الدار فانه جائز كما سيأتي في الشروح وأصل المسئلة في الفصل السابع من فصول الاسترواق مع أنه عاكس هناك المدعى المصالح عنه والمدعى عليه المصالح عليه فينتقض ما ذكر من حكم الصلح في أحد الجانبين طرداً وعكساً فتأمل (قوله الصلح على ثلاثة أضرب الخ) قال صاحب العناية المحصر على هذه الأنواع ضروري لأن الخصم وقت الدعوى إما أن يسكت أو يتكلم مجيباً وهو لا يخلو عن النفي والاثبات لا يقال قد يتكلم بما لا يتصل بمحل النزاع لأنه سقط بقولنا مجيباً انتهى (أقول) يرد على ظاهر جوابه انه انما يفيد انحصار تقسيمه الثاني وهو قوله وهو لا يخلو عن النفي والاثبات ولا يفيد انحصار تقسيمه الاول وهو قوله ان الخصم وقت الدعوى إما أن يسكت أو يتكلم مجيباً اذ يخرج صورة التكلم بما لا يتصل بمحل النزاع عن قسمه معاً فيبقى الاعتراض بهذه الصورة على قوله المحصر على هذه الأنواع ضروري ويمكن أن يقال المراد بالسكوت في قوله إما أن يسكت أو يتكلم مجيباً هو السكوت عن التكلم مجيباً لا السكوت مطلقاً وهو عدم التكلم أصلاً فتدخل الصورة المزبورة في القسم الاول من تقسيمه الاول وهو قوله إما أن يسكت فيصح قوله المحصر على هذه الأنواع ضروري وتفسير السكوت في الكتاب بقوله وهو ان لا يقر المدعى عليه ولا يكره لا يخلو عن إيماء الى أن المراد بالسكوت ههنا هو السكوت عن الجواب دون مطلق السكوت لأن معنى مطلق السكوت مع كونه غنياً عن التفسير ليس ما ذكر في الكتاب بل هو أن لا يتكلم أصلاً (قوله وكل ذلك جائز لا إطلاق الخ) نساه المصنف ههنا في التعبير حيث قال لا إطلاق قوله تعالى والصلح خير مع أنه لا يذهب عليه أن الدليل على جواز كل ذلك في الحقيقة قوله المطلق لا إطلاق قوله الأنهم كثير ما يتساهلون في العبارة في أمثال ههنا على ظهور المراد وتنبها على فائدة تفسير ههنا لك العبارة كما في تعريفهم العلم بحصول صورة الشيء في العقل مع أنه في الحقيقة هو الصورة الحاصلة في العقل على ما حققه الفاضل الشربف في بعض تصانيفه قال بعض الفضلاء في حل قول المصنف لا إطلاق قوله تعالى أي لقوله المطلق فالإضافة من قبيل إضافة الصفة الى الموصوف انتهى (أقول) ليس هذا بعيداً أما أولاً لأن إضافة الصفة الى الموصوف ليست بجائزة كإضافة الموصوف الى الصفة على ما هو المذهب المختار المقرر في كتب النحو حتى أنهم أولوا

بأن الاعتبار لعموم اللفظ لا لخصوص السبب) أقول أنت خير بأن المانع يمنع عموم اللفظ مستنداً بأن اللام مثل العهد فالجواب يتضمن المصادرة على المطلوب فليأمل (قوله وبأنه ذكر للتعليل) أقول فيه بحث لأنه لو كان تعليلاً لا بد لفاه بالواو (قوله وقوله والصلح خير كان في الحال) أقول ان أراد أن الحكم بالمحمول على الموضوع كائن في الحال فسلم ولا يفيد لجواز أن يكون المحكوم عليه هو الصلح الاستقبالي وإن أراد أن الحكم على الصلح الكائن في الحال يعني حقيقة الصلح وجنسه كما في قولهم الرجل خير من المرأة فالخصم أن يمنع (قوله فأنكرت لا يجوز) أقول بل يجوز كما سيبي عن قريب

مثل جرد قطيفة وأخلاق ثياب بما يخرج به عن أن يكون من قبيل إضافة الصفة إلى الموصوف فبمعنى
 حمل كلام المصنف ههنا على ذلك وأما ما سألنا الصفة في لقوله المطلق هو المطلق لا الإطلاق والكلام
 في توجيه إطلاق قوله فلا يجدي حديث إضافة الصفة إلى الموصوف شيأ بل لا بد من المصير إلى المسامحة
 كما ذكرنا وقال صاحب العناية فإن منع الإطلاق لوقوعه في سياق صلح الزوجية في قوله تعالى فلا جناح
 عليهم ما أن يصلحوا بينهم ما صلحوا واصلح خيرة فكان للعهد واجب بأن الاعتبار هو اللفظ لا الموصوف
 السبب وبأنه ذكر للتعليل أي لا جناح عليهم ما أن يصلحوا لأن الصلح خيرة فكان عاملا ولأنه وقع قوله تعالى أن
 يصلحوا في سياق الشرط فكان مستقبلا وقوله تعالى واصلح خيرة كان في الحال فلم يكن إياه بل جنسه انتهى
 (أقول) إن الجواب الأول والثالث من هذه الأجوبة الثلاثة ليس بآتيامين أما الأول فلأن كون الاعتبار
 لعموم اللفظ لا بخصوص السبب لا يجدي شيأ في دفع السؤال المذكور لأن حاصله منع عموم اللفظ بحمل
 اللام في قوله تعالى واصلح خيرة على العهد فإنه حينئذ يصير خاصا وانما يجدي نفع الوصلح عموم اللفظ في نفسه
 وأريد تخصيصه بخصوص السبب وأما الثالث فلأنه إن أراد بصلح خيرة كان في الحال أن التكلم
 بهذا الكلام والأخبار بهذا الخبر كان في الحال أي في حال ورود الآية الكريمة فلم يكن هذا إلا نافي
 أن يكون تحقق مدلوله في الاستقبال ألا يرى أنك إذا قلت الأمر الذي يحدث غدا خبر فلا شك أن تكلمك
 بهذا الكلام وأخبارك به كائن في الحال وأما تحقق ذلك الأمر واتصافه بالتخيرية فيكون في المستقبل فلم
 يتم قوله فلم يكن إياه بل جنسه وإن أراد بذلك أن الصلح الذي أخبر بأنه خير كان في الحال فهو ممنوع فالجواب
 من بين تلك الأجوبة هو الجواب الثاني وهو المسد كور في الكافي وفي سائر الشروح أخذ من الأسرار
 ووجه كون الصلح عاما في قوله تعالى واصلح خيرة على تقدير أنه ذكر للتعليل هو أن العلة لا تنقيد بحمل الحكم
 الذي دل عليه بل أيما وجدت العلة تتبعها حكمها كذا قالوا وهو النقر بالمناسبات لقواعد الأصول وأما
 النقر بالمطابق لقواعد المعقول فلأنه يكون حينئذ خارجا عن مجرى الكبرى من الشكل الأول كأنه
 قيل فإن هذا صلح والصلح خير وكلمة الكبرى شرط لانتاج الشكل الأول على ما عرف في الميزان واعتراض
 بعض الفضلاء على هذا الجواب أيضا حيث قال فيه بحث لأنه لو كان تعليل لا يدل القابل أو انتهى
 (أقول) ليس هذا بشي لأن ذلك الإبدال انما يلزم لو كان تعليل من حيث اللفظ وليس كذلك بل هو تعليل
 من حيث المعنى وعن هذا قالوا إن الله تعالى أخرجه من مجرى التعليل لما سبق ذكره كأنه قال صالحوه لأن
 الصلح خير وقال في غاية البيان وهو المفهوم من لسان العرب كما يقال صل والصلاة خير عن أن قوله تعالى
 والصلح خير بمنزلة الكبرى من الدليل والصغرى مطوية كما أشيرنا إليه فيما مر وأداة التعليل كاللام والقائه
 إذا ذكرت انما تدخل على أول الدليل وهو الصغرى دون الكبرى فلا يلزم الإبدال ههنا أصلا تدبر ثم
 قال صاحب العناية فإن قيل سلمناه بمعنى الإطلاق في قوله تعالى واصلح خيرة ولكن صرفه إلى الكل متعذر
 لأن الصلح بعد العيين وصلح المودع وصلح من ادعى فذاعلى آخر وصلح من ادعى على امرأته كما حاقا فنكرت
 لا يجوز فيصرف إلى الأدنى وهو الصلح عن اقرار واجب بأن ترك العمل بالإطلاق في بعض المواضع لما منع
 لا يستلزم تركه عند عدمه انتهى (أقول) بر دعى ظاهر قوله وصلح من ادعى على امرأته كما حاقا فنكرت
 لا يجوز أنه خطب اذ هو مخالف لصريح ما ذكر في عامة الكتب حتى الهداية والبداية فيما سألني وهو أنه
 إذا ادعى رجل على امرأته كما حاقا هي تجدد فصلحته على مال بذلته حتى يترك الدعوى جازف كأنه في معنى
 الخلع ثم أقول توجيهه إن عدم الجواز رواية في هذه المسئلة وإن كان ظاهر الرواية بخلافها والسؤال
 المزبور عما أوردته الشافعية فهم أخذوا في هذه المسئلة وأخواتها بما هو الملائم لغرضهم والحنفية أجابوا
 عنه تارة بمنع عدم الجواز في تلك المسائل وأخرى بأن ترك العمل بالإطلاق في بعض المواضع لما منع

وقال الشافعي (لا يجوز زعم انكار أو سكوت) لأنه صلح أحل حراماً أو حرم حلالاً وذلك حرام غير مشروع بالحديث المروي (ولان المدعي عليه يدفع المال لدفع الخصومة وهذه رشوة) وهي حرام (ولنا ما تلونا) من قوله تعالى والصلح خير (وأول ما رويناه) من الحديث وهو قوله صلى الله عليه وسلم كل صلح جائز بين المسلمين (٣٦) (وتأويل آخره أحل حراماً لعينه كاللحرام أو حرم حلالاً لعينه كالصلح على أن

لا يبطأ الضرر) أو أن لا يتسرى والحمل على ذلك واجب لئلا يبطل العمل به أصلاً وذلك لأنه لو حمل على الصلح على الاقرار خاصة لكان كالصلح على غيره لان الصلح في العادة لا يكون الا على بعض الحق فما زاد على المأخوذ الى تمام الحق كان حلالاً للمدعي قبل الصلح وحرم بالصلح وكان حراماً على المدعي عليه منعه قبله وحل بعده فعرفنا ان المراد بهما كان حلالاً أو حراماً لعينه

(قوله ولنا ما تلونا من قوله تعالى والصلح خير وأول ما رويناه) أقول وههنا تذكر اركان الاولى أن لا يذكر ذنبك الدليلين فيما تقدم حتى لا يلزم ذلك قال المصنف (وتأويل آخره أحل حراماً لعينه كاللحرام أو حرم حلالاً لعينه كالصلح الخ) أقول وحله على هذا أحق لان الحرام المطلق ما هو حرام لعينه والحلال المطلق ما هو حلال لعينه والصلح يقع على بعض الحق في العادة فما زاد على المأخوذ الى تمام الحق كان حلالاً للمدعي أخذته قبل الصلح وحرم بالصلح وكان حراماً على المدعي عليه منعه قبل الصلح وقد حل بالصلح كذا في الكافي وقال صاحب العناية في شرح هذا الحمل والحمل على ذلك واجب لئلا يبطل العمل به أصلاً وذلك لأنه لو حمل على الصلح على الاقرار خاصة لكان كالصلح على غيره لان الصلح في العادة لا يكون الا على بعض الحق فما زاد على المأخوذ الى تمام الحق كان حلالاً للمدعي أخذته قبل الصلح وحرم بالصلح وكان حراماً على المدعي عليه منعه قبله وحل بعده فعرفنا أن المراد بهما كان حلالاً أو حراماً لعينه انتهى (أقول) في تقريره خلل اذ لا معنى لقوله لأنه لو حمل على الاقرار خاصة لكان كالصلح على غيره لان الكلام في حمل آخر الحديث

وقال الشافعي لا يجوز زعم انكار أو سكوت لما رويناه وهذا به هذه الصفة لان البدل كان حلالاً على الدافع حراماً على الآخذ فيه فنبطل الامر ولان المدعي عليه يدفع المال لقطع الخصومة وهذه رشوة ولنا ما تلونا وأول ما رويناه وتأويل آخره أحل حراماً لعينه كاللحرام أو حرم حلالاً لعينه كالصلح على أن لا يبطأ الضرر

لا يستلزم تركه عند عدمه فصاحب العناية كتمى بالتأني ولم يتعرض للنعم وأما صاحب غايه البيان فتعرض له مامعاً حتى قال في الجواب ههنا على أن يمنع عدم جواز الصلح في دعوى الشكاح عليها اذا أنكرت ففصلت على مال لأنه يجوز وبه صرح القدروري في مختصره وسيجي ذلك في فصل عقيب هذا انتهى وقال في ذلك الفصل وهذا الذي ذكره القدروري هو ظاهر الجواب يدل على ذلك ما ذكره في مختصر الكافي وشرحه كذلك فعلى هذا لا يرد علينا سؤال الشافعية في مسألة الصلح على الانكار بقولهم اذا ادعى على امرأة نكاحاً فأنكرت ففصلت على مال لا يجوز ولتصح تلك المسئلة كما وردت وفي نسخ طريفة الخلاف فالجواب عنه ما صرح في تلك المسئلة انتهى (قوله وقال الشافعي لا يجوز زعم انكار أو سكوت لما رويناه الخ) قلت كان الاظهر ان يقال لا تخبر ما رويناه لأن أول حجة عليه لاله (قوله ولنا ما تلونا وأول ما رويناه الخ) كرر ذكرهما كما بدأ بوطئه لقوله وتأويل آخره الخ واللكني ههنا بيان هذا التأويل مع بيان أن دفع الرشوة لدفع الظلم جائز في الشرع لأنه يصدر الجواب عما قاله الشافعي والجواب عنه يتم ببيانها (أقول) بقي ههنا اشكال في قوله وأول ما رويناه وهو أن المفهوم منه أن يكون أول ذلك الحديث دليلاً لتسامح قطع النظر عن آخره وهذا ليس بصحيح لان آخره مستغنى من أوله وقد تقرر في علم أصول الفقه أن المذهب الصحيح المختار عند الأئمة الحنفية في الاستثناء أن يتأخر حكم صدر الكلام عن اخراج المستغنى من المستغنى منه فلا يكون لاول الكلام في صورة الاستثناء حكم مستقل بدون آخره بل لا يتم المعنى الا بجموع المستغنى والمستغنى منه ويمكن أن يوجه بأن قوله وتأويل آخره أحل حراماً لعينه الخ متصل من حيث المعنى بقوله وأول ما رويناه فاصل الكلام أن لنا أول ما رويناه مع تأويل آخره فالدليل بمجموع الحديث على هذه التأويل ولكن الانصاف أن لفظة أول ههنا مع كونها زائدة لا فائدة لها موهمة لما يتخلل بالكلام ويضرب بالمقام كما ينبغي عليه فالاولى أن تخرج من البين (قوله وتأويل آخره أحل حراماً لعينه كاللحرام أو حرم حلالاً لعينه كالصلح على أن لا يبطأ الضرر) وحله على هذا أحق لان الحرام المطلق ما هو حرام لعينه والحلال المطلق ما هو حلال لعينه وما ذكره غير محتمل اذا الصلح مع الاقرار لا يتخلو عن ذلك فان الصلح يقع على بعض الحق في العادة فما زاد على المأخوذ الى تمام الحق كان حلالاً للمدعي أخذته قبل الصلح وحرم بالصلح وكان حراماً على المدعي عليه منعه قبل الصلح وقد حل بالصلح كذا في الكافي وقال صاحب العناية في شرح هذا الحمل والحمل على ذلك واجب لئلا يبطل العمل به أصلاً وذلك لأنه لو حمل على الصلح على الاقرار خاصة لكان كالصلح على غيره لان الصلح في العادة لا يكون الا على بعض الحق فما زاد على المأخوذ الى تمام الحق كان حلالاً للمدعي أخذته قبل الصلح وحرم بالصلح وكان حراماً على المدعي عليه منعه قبله وحل بعده فعرفنا أن المراد بهما كان حلالاً أو حراماً لعينه انتهى (أقول) في تقريره خلل اذ لا معنى لقوله لأنه لو حمل على الاقرار خاصة لكان كالصلح على غيره لان الكلام في حمل آخر الحديث

على المأخوذ الى تمام الحق كان حلالاً للمدعي أخذته قبل الصلح وحرم بالصلح أو كان حراماً على المدعي عليه منعه قبل الصلح وقد حل بالصلح انتهى (قوله لأنه لو حمل على الصلح على الاقرار خاصة لكان كالصلح على غيره) أقول يعني لكان كالصلح على غير الاقرار في البطلان على زعم الخصم (قوله لان الصلح في العادة لا يكون الا على بعض الحق) أقول هذا يختص بالدين لظهور عدم جريانه في العين فلا يلزم بطلان العمل به اذ لا يجوز الصلح على بعض الحق في العين الا بالابرا من دعوى الباقي كما سيبي

(ولان هذا صلح بعد دعوى صحيحة) فكان كالصلح مع الاقرار (فيقضى بجوازه) لوجود المقتضى وانتفاء المانع لان المانع اما ان يكون من جهة الدافع أو من جهة الآخر وليس شئ منهما موجودا أما الثاني (فلا نال المدعي يأخذه في زعمه عوضا عن حقه وذلك مشروع وأما الاول فلا نال المدعي عليه يدفعه لدفع الخصومة عن نفسه وهذا أيضا (٢٧) مشروع اذا المال وقاية الانفس ودفع

الظلم عن نفسه بالرشوة
أمر جائز لا يقال لان سلم
الجواز لقوله صلى الله
عليه وسلم لعن الله الراشي
والمسترشى وهو عام لانه
محمول على ما اذا كان على
صاحب الحق ضرر محض
في أمر غير مشروع كما اذا
دفع الرشوة حتى أخرج
الوالي أحد الورثة عن
الارث وأما دفع الرشوة
لدفع الضرر عن نفسه
فجائز لا يدفع وغامضه في
أحكام القرآن للرازي
فان قيل فعلى هذا اذا ادعى
على آخر ألف درهم وهو
مشكر ونصالحا على دنائره
مسبأة ثم افترا قبل القبض
ينبغي أن يجوز لان هذا
الصلح في زعم المدعي عليه
لدفع الخصومة عن نفسه
للاعاوضة ومع هذا
لا يجوز أجيب بأن عدم
الجواز ينه على زعم المدعي
اذ في زعمه انه صرف لانه
صالحه عن الدراهم على
الدناير والقبض شرط فيه
في المجلس قال (فان وقع
الصلح عن اقرار الخ) اذا
وقع الصلح عن اقرار وكان
عن مال على مال اعتبر فيه
ما يعتبر في البياعات لوجود
معنى البيع وهو مبادلة

ولان هذا صلح بعد دعوى صحيحة فيقضى بجوازه لان المدعي يأخذه عوضا عن حقه في زعمه وهذا مشروع والمدعي عليه يدفعه لدفع الخصومة عن نفسه وهذا مشروع أيضا اذا المال وقاية الانفس ودفع الرشوة لدفع الظلم أمر جائز قال (فان وقع الصلح عن اقرار اعتبر فيه ما يعتبر في البياعات ان وقع عن مال بمل) لوجوده معنى البيع وهو مبادلة المال بالمال في حق المتعاقدين بقرائهم

على الحرام لعينه والحلال لعينه خاصة لا في حله على الصلح على الاقرار خاصة اذا افرق بين الصلح على الاقرار والصلح على غيره في الصحة على تقدير أن يحمل آخر الحديث على الحرام لعينه والحلال لعينه خاصة ولا فرق بينهما في عدم الصحة على تقدير أن يحمل آخره على ما يعم الحرام لغيره والحلال لغيره أيضا فدار التأويل والحل في آخر الحديث انما هو لفظ الحرام والحلال واطلاقه دون لفظ الصلح فالحق في التفرير أن يقال لانه لو حل على ما يعم الحرام والحلال لعينه ما لغيره مالمكان الصلح على الاقرار كالصلح على غيره في الاشتغال على احلال الحرام وتحريم الحلال ثم ان بعض الفضلاء أورد على قوله لان الصلح في العادة لا يكون الا على بعض الحق بأن قال هذا المختص بالدين لظهور عدم جريانه في العين فلا يلزم بطلان العمل به اذ لا يجوز الصلح على بعض الحق في العين الا بالابراء عن دعوى الباقي كما سيحكي ما انتهى (أقول) هذا كلام خال عن التحصيل اذ لا يلزم من عدم جواز الصلح على بعض الحق في العين الا بالابراء عن دعوى الباقي عدم جوازه على بعض الحق في العين أصلا غاية الامر أن يكون جواز الصلح على بعض الحق في العين مشروطا بالابراء عن دعوى الباقي على أنه ليس كذلك أيضا لان جواز الصلح على بعض الحق في العين طريق آخر وهو أن يز يددرهما في بدل الصلح وسيأتي كلا الطريقين في الكتاب وعلى كليم ما يجري قوله لان الصلح في العادة لا يكون الا على بعض الحق في العين أيضا (قوله ولان هذا صلح بعد دعوى صحيحة فيقضى بجوازه الى قوله ودفع الرشوة لدفع الظلم أمر جائز) هذا دليل عقلي على ما ذهب اليه اثنتان من جواز الصلح مع انكار أو سكوت أيضا متضمن للجواب عن دليل عقلي للشافعي مذكور فيما قبل وهو قوله ولان المدعي عليه يدفع المال لقطع الخصومة وهذا رشوة قال الشراح لا يقال لا نسلم جواز دفع الرشوة لدفع الظلم لان قول النبي صلى الله عليه وسلم لعن الله الراشي والمسترشى عام لا نأقوله هذا الحديث محمول على ما اذا كان على صاحب الحق ضرر محض في أمر غير مشروع كما اذا دفع الرشوة حتى أخرج الوالي أحد الورثة عن الارث وأما اذا دفع الرشوة لدفع الضرر عن نفسه فجائز لا يدفع انتهى واعترض بعض الفضلاء على الجواب حيث قال فيه ان المعتبر هو عموم اللفظ وما الدليل على انه محمول على ما ذكره غير مجرى على عمومها انتهى (أقول) الدليل عليه ما ورد من النصوص في ان الضرورات تبين المحظورات منها قوله تعالى وما جعل عليكم في الدين من حرج ولا شك ان دفع الضرر عن نفسه دفع الحرج (قوله فان وقع الصلح عن اقرار اعتبر فيه ما يعتبر في البياعات ان وقع عن مال بمل الخ) هذا لفظ القدروري في مختصره ولما كان الاصل ان الصلح يجب حله على أقرب العقود اليه كما صرحوا به أراد أن يبين ضابطه يعرف بها انه على أي عقد يحمل (أقول) ليست هذه الضابطه بتمامه لان الصلح عن اقرار قد يقع عن منافع بمل أو بمنفعة كما اذا أوصى لرجل بسكنى داره سنة فمات وادعى الموصي له السكنى فصالحه الورثة عن ذلك على دراهم معينة أو على خدمة

المال بالمال بقرائهم في حق المتعاقدين

(قوله لانه محمول على ما اذا كان على صاحب الحق الخ) أقول فيه أن المعتبر هو عموم اللفظ وما الدليل على انه محمول على ما ذكره غير مجرى على عمومها

فجبري فيه الشفعة في العقار ويرد بالعيب ويثبت فيه خيار الشرط والرؤية وينسده جهالة المصالح عليه لانها تنفض الى المنازعة دون جهالة المصالح عنه لانه يسقط وهذا ليس على اطلاقه بل فيه تفصيل احتجنا الى ذكره وهو ان الصلح باعتبار بدليه على أربعة أوجه اما أن يكون عن معلوم على معلوم وهو جائز لا محالة واما أن يكون عن مجهول على مجهول فان لم يحتج فيه الى التسليم والتسلم مثل أن يدعى حقا في دار رجل وادعى المدعي عليه حقا في أرض بيد المدعي واصطالحا على ترك الدعوى جاز وان احتج اليه وقد اصطالحا على أن يدفع أحدهما لاولم يبينه على أن يترك الآخر دعواه أو على أن يسلم اليه ما ادعاه لم يجز وإما أن يكون عن مجهول على معلوم وقد احتج فيه الى التسليم كالأدعي حقا في دار في يد رجل ولم يسلمه فاصطالحا على أن يعطيه المدعي مالا معلوما ليس المدعي عليه (٣٨)

(فجبري فيه الشفعة اذا كان عقارا ويرد بالعيب ويثبت فيه خيار الرؤية والشرط وينسده جهالة البذل) لانها هي المفضية الى المنازعة دون جهالة المصالح عنه لانه يسقط ويشترط القدرة على تسليم البذل (وان وقع عن مال بمنافع يعتبر بالاجارات) لوجود معنى الاجارة وهو تسليم المنافع بمال والاعتبار في العقود لمعانيها فيشترط التوقيت فيها ويطلب الصلح بموت أحد هما في المدة لانه اجارة (والصلح عن السكوت والانكار في حق المدعي عليه لاقتداء اليمين وقطع الخصومة وفي حق المدعي بمعنى المعاوضة لما بينا) ويجوز أن يختلف حكم العقد في حقهما كما يختلف حكم الاقالة في حق المتعاقدين (وغيرهما) وهذا في الانكار ظاهرا وكذا في السكوت لانه يحتمل الاقرار والحدود فلا يثبت كونه عوضا في حقه بالشك

الى المدعي ما ادعاه وهو لا يجوز وان لم يحتج فيه الى التسليم كما اذا اصطالحا في هذه الصورة على أن يترك المدعي دعواه جاز وإما أن يكون عن معلوم على مجهول وقد احتج فيه الى التسليم لا يجوز وان لم يحتج اليه جاز والاصل في ذلك كله ان الجهة المفضية الى المنازعة المانعة عن التسليم والتسلم هي التمسك بما لا يجب فيه التسليم والتسلم جاز وما وجب فيه لم يجز مع الجهالة لان القدرة على تسليم البذل شرط لكونه في معنى البيع (وان كان عن مال بمنافع يعتبر بالاجارات لوجود معنى الاجارة وهو تسليم المنافع بمال) وكل منفعة يجوز استحقاتها بعقد الاجارة يجوز استحقاتها بعقد الصلح فاذا صالح على سكنى بيت بعينه الى مدة معلومة جاز وان قال أبدا أو حتى يموت لا يجوز

عبدشهرا أو على ركوب دابة نهر فان كل ذلك جائز على ماصر حوايه في أول الفصل الآتي مع انه لم يذكر في هذه الضابطة وان كان في معنى عقد الاجارة وكذا يقع عماليس بمال ولا منفعة كالصلح عن جنابة العمد فانه جائز وهو بمنزلة النكاح حتى ان ماصلح مسمى فيه صلح ههنا أيضا كما سيأتي في الكتاب مع انه ليس عند كور أيضا في هاتيك الضابطة وليس في معنى عقد البيع ولا في معنى عقد الاجارة بل هو في معنى عقد النكاح فلم يفهم من الضابطة المذكورة قط وكذا يقع الصلح عن دعوى الرق بمال فيكون في معنى الاعتناق على مال وعن دعوى الزوج النكاح بمال فيكون في معنى الخلع وليس شيء منهما بداخل أيضا في الضابطة المذكورة ولا مفهوم منها أصلا فكانت قاصرة عن افادة تمام المراد لا يقال يستغنى عن ذلك الصور ههنا بما ذكر في الفصل الآتي عن قريب لانا نقول قد ذكره ههنا أيضا بأن قال والصلح جائز عن دعوى الاموال والمنافع فلا يتم العذر ثم ان كون الصلح عن اقرار في معنى البيع اذا وقع عن مال بمال انما هو فيما اذا وقع على خلاف جنس المدعي وأما فيما اذا وقع على نفسه فان كان بأقل من المدعي فهو حط وبراء وان كان بمثله فهو قبض واستيفاء وان كان بأكثر منه فهو فضل وبرا صرح به في التبيين وغيره (قوله والصلح عن السكوت والانكار في حق المدعي عليه لاقتداء اليمين وقطع الخصومة وفي حق المدعي بمعنى المعاوضة لما بينا الخ) أشار به الى ما ذكره بقوله لان المدعي يأخذه عوضا عن حقه في زعمه (أقول) ههنا كلام وهو ان كون الصلح عن السكوت والانكار في حق المدعي مطلقا بمعنى المعاوضة ممنوع فانه اذا ادعى عينا وأنكر المدعي عليه أو سكت ودفع المدعي الى المدعي عليه شيئا بطريق الصلح وأخذ العدين كان ذلك الصلح جائزا على ماصر حوايه مع انه في حق

فان الاعتبار في العقود للعاني كالهبة بشرط العوض فانها بيع معنى والكفالة بشرط براءة الاصل حوايه المدعي والحوالة بشرط مطالبة الاصل كقالة (فيشترط التوقيت فيها ويطلب الصلح بموت أحد هما في المدة) كالاجارة (واذا وقع الصلح عن السكوت والانكار كان في حق المدعي عليه لاقتداء اليمين وقطع الخصومة وفي حق المدعي بمعنى المعاوضة لما بينا) ان المدعي يأخذه عوضا في زعمه فان قيل العقد لما تصف بصفة كيف يتصف بأخرى تقابلها أجاب بقوله (ويجوز أن يختلف حكم العقد في حقهما كما يختلف حكم الاقالة) فانها فسخ في حق المتعاقدين بيع جديد في حق ثالث وكعقد النكاح فان حكمه الحسل في حق امرأته والتحرير المؤبد في حق أمها (وهذا) أي كونه لاقتداء اليمين أو قطع الخصومة (في الانكار ظاهرا وأما في السكوت فلا نه يحتمل الاقرار والحدود فلا يثبت كونه عوضا في حقه بالشك) مع ان حمله على الانكار أولى لان فيه دعوى تغريغ الذمة وهو الاصل

قال (واذا صالح عن دار الخ) اذا صالح عن دار عن انكار أو سكوت لا تجب فيها الشفعة لانه يأخذها أي المدعي عليه ليستفي الدار على ملكه لانه يشترطها ويدفع المال لدفع الخصومة عن زعمه والمريء يأخذ بما في زعمه ولا يلزمه زعم غيره (بخلاف ما إذا كان على دار) لان المدعي يأخذها عوضا عن المال فكان معاوضة في حقه فتلزمه الشفعة باقراره وان كان المدعي عليه يكذبه فصار كأنه قال اشترى بها من المدعي وهو ينكر (واذا صالح عن اقرار واستحق بعض المصالح عنه رجع المدعي عليه) على المدعي (بمحصة المستحق من العوض) لانه لكونه عن اقرار معاوضة مطلقة كالبيع وحكم الاستحقاق في البيع ذلك وانما صالح عن سكوت أو انكار فاستحق المتنازع فيه رجع المدعي بالخصومة على المستحق لقيامه مقام المدعي عليه ورد العوض لان المدعي عليه ما بذل العوض الا لدفع الخصومة عن نفسه فاذا ظهر الاستحقاق ظهر ان لا خصومة له فيبقى في يده غير مشتمل على غرض المدعي عليه فيسترد كما يكفل عنه اذا دفع المال الى الكفيل على غرض دفعه الى رب الدين ثم أدى الدين بنفسه قبل أداء الكفيل فانه يسترده لعدم اشتغاله على غرضه وفوض بما اذا ادعى دارا وأنكر المدعي عليه ودفع المدعي الى ذي اليد شيئا بطريق الصلح وأخذ الدار ثم استحققت فانه لا يرجع على المدعي عليه بما دفع مع انه يظهر الاستحقاق تبين ان المال في يده غير مشتمل على غرض الدافع وهو قطع (٢٩) الخصومة وأجيب بأن المدعي عليه

مضطرب في دفع ما دفع لقطع الخصومة فاذا استحققت زالت الضرورة الموجبة لذلك لا تفتاء الخصومة فيرجع وأما المدعي فهو في خيرة في دعواه وكان ذلك الدفع باختياره ولم يظهر عدم الاختيار بظهور الاستحقاق فلا يسترده وان استحق بعض المصالح عنه رد المدعي حصته المستحق ورجع بالخصومة على المستحق فيه أي في أصل الدعوى أما رجوعه عليه فلانه قام مقام المدعي عليه في كون البعض المستحق في يده وأما رد الحصته

قال (واذا صالح عن دار لم يجب فيها الشفعة) معناه اذا كان عن انكار أو سكوت لانه يأخذها على أصل حقه ويدفع المال دفعا لخصومة المدعي وزعم المدعي لا يلزمه بخلاف ما اذا صالح على دار حيث يجب فيها الشفعة لان المدعي يأخذها عوضا عن المال فكان معاوضة في حقه فتلزمه الشفعة باقراره وان كان المدعي عليه يكذبه قال (واذا كان الصلح عن اقرار واستحق بعض المصالح عنه رجع المدعي عليه بمحصة ذلك من العوض) لانه معاوضة مطلقة كالبيع وحكم الاستحقاق في البيع هذا (وان وقع الصلح عن سكوت أو انكار فاستحق المتنازع فيه رجع المدعي بالخصومة ورد العوض) لان المدعي عليه ما بذل العوض الا لدفع خصومته عن نفسه فاذا ظهر الاستحقاق تبين أن لا خصومة له فيبقى العوض في يده غير مشتمل على غرضه فيسترده وان استحق بعض ذلك رد حصته ورجع بالخصومة فيه لانه خلا العوض في هذا القدر عن الغرض ولو استحق المصالح عليه عن اقرار رجع بكل المصالح عنه لانه مبادلة وان استحق بعضه رجع بخصمته وان كان الصلح عن انكار أو سكوت رجع الى الدعوى في كله أو بقدر المستحق اذا استحق بعضه لان المبدل فيه هو الدعوى وهذا بخلاف ما اذا باع منه على الانكار شيئا حيث يرجع بالمدعي لان الاقدام على البيع اقرار منه بالحق له ولا كذلك الصلح لانه قد يقع لدفع الخصومة ولو هلك بدل الصلح قبل التسليم فالجواب فيه كالجواب في الاستحقاق في الفصلين

المدعي ليس بمعنى المعاوضة لان في زعم المدعي ان العين الذي ادعاه حقه ولا يتصور أن يعاوض انسان

فلما لو العوض في هذا القدر عن غرض المدعي عليه (ولو استحق المصالح عليه في الصلح عن اقرار رجع بكل المصالح عنه) لانه انما ترك الدعوى ليس له بدل الصلح ولم يسلم فيه رجع بمبدله كافي البيع (وان استحق بعضه رجع بمحصته) اعتبارا البعض بالكل (وان كان الصلح عن انكار أو سكوت رجع الى الدعوى في كله أو بعضه بحسب الاستحقاق لان المبدل فيه هو الدعوى) هذا اذا لم يجز لفظ البيع في الصلح أما اذا كان أجرى كما اذا ادعى دارا وأنكر المدعي عليه ثم صالح عن هذه الدعوى على عسء وقال بعث هذا العبد بهذه الدار ثم استحققت هذه الدار فان المدعي يرجع على المدعي عليه بما ادعى لا بالدعوى لان اقدام المدعي عليه على البيع اقرار منه بالحق للمدعي اذا انسان لا يشتري ملك نفسه فكان حكمه حكم البيع ولا كذلك الصلح لانه قد يقع لدفع الخصومة (ولو هلك بدل الصلح قبل التسليم) الى المدعي (فالجواب فيه كالجواب في الاستحقاق في الفصلين) أي فصل الاقرار والانكار فان كان عن اقرار رجع بعد الهلاك الى المدعي وان كان عن انكار رجع بالدعوى

(قوله لانه يأخذها الى قوله ويدفع المال) أقول قوله ويدفع معطوف على قوله يأخذها (قوله فيبقى في يده غير مشتمل على غرض المدعي عليه) أقول يعني يبقى العوض في يد المدعي (قوله فلا يسترده) أقول أي بحسب الاستحقاق (قوله ثم استحققت فان المدعي يرجع) أقول صوابه ثم استحق اذا ضمير المستتر فيه راجع الى العبد

قال (وان ادعى حقاني دارالخ) هذه المسئلة قد تقدمت في باب الاستحقاق من كتاب البيوع فلا تعيدها (ولو ادعى دارا فاصلح على قطعة منها) كبيت من بيوتها بعينه لم يصح الصلح لان ما قبضه بعض حقه ودعوى على دعواه في الثاني (وتقبل بينته لانه استوفى بعض حقه) وأبرأ عن الباقي والابرا عن العين باطل فكان وجوده وعدمه سواء ود كشيخ الاسلام أنه لا تسمع دعواه ود كصاحب النهاية أنه ظاهر الرواية وجهه أن الابرا لا في عينها ودعوى والابرا عن الدعوى صحيح فان قال لغيره أبرأتك عن دعوى هذا العين صح ولو ادعاه به ذلك لم يصح ولم تسمع وقيد بقوله على قطعة منها لان الصلح اذا وقع على بيت مع لوم من دار اخرى صح لكونه حينئذ ذبيعا وكذا لو كان على سكتى بيت معين من غيرها (٣٠) لكونه اجارة حتى يشترط كون المدة معلومة ولو اراد المدعى أن يدعى البقية لم يكن له

ذلك لو وصل كل حقه اليه باعتبار بطله عيناً أو منفعة قال المصنف (والوجه فيه) أي الحيلة في تصحيح الصلح اذا كان على قطعة منها (أحد) آخرين ان يزبدرها مافي بدل الصلح ليعبر عوضا عن حقه فيما بقي أو يلحق به ذكر البراءة عن دعوى الباقي (مثل) أن يقول برئت من دعوى في هذه الدار فإنه يصح لمصادفة البراءة الدعوى وهو صحيح حتى لو ادعى به ذلك وجاء بينة لم تقبل وفي ذ كلفظ البراءة دون الابرا إشارة الى أنه لو قال أبرأتك عن دعوى أو خصومتى في هذه الدار كان باطلا وله أن يخصم فيها بعد ذلك والفرق بينهما أن أبرأتك انما يكون ابراء من الخصم لان الدعوى وقوله برئت براءة من الدعوى كذا قالوا ونقله صاحب النهاية عن الذخيرة ونقل بعض الشارحين عن الوقائع في تعليل هذه المسئلة لان قوله أبرأتك عن خصومتى

قال (وان ادعى حقاني دار ولم يبينه فصوله من ذلك ثم استحق بعض الدار لم يرد شيأ من العوض لان دعواه يجوز أن يكون فيما بقي) بخلاف ما ذا استحق كله لانه يعبر العوض عنه بذلك عن شئ يتقابله فيرجع بأكمله على ما قدمناه في البيوع ولو ادعى دارا فاصلحه على قطعة منها لم يصح الصلح لان ما قبضه من عين حقه وهو على دعواه في الباقي والوجه فيه أحد أمرين إما أن يزبدرها مافي بدل الصلح فيصير ذلك عوضا عن حقه فيما بقي أو يلحق به ذكر البراءة عن دعوى الباقي (فصل) (والصلح جائز عن دعوى الاموال) لانه في معنى البيع على ما مر

ملك نفسه بل هو في حق المدعى في تلك الصورة لقطع الخصومة كما صرحوا به أيضا (قوله أو يلحق به ذكر البراءة عن دعوى الباقي) قال صاحب النهاية فان قلت كيف صورة البراءة قلت هي أن يقول قد برئت من هذه الدار أو يقول قد برئت من دعواي في هذه الدار فهذا جائز حتى لو ادعى بعد ذلك وجاء بينة لا تقبل أما لو قال أبرأتك عن هذه الدار أو قال قد أبرأتك عن خصومتى في هذه الدار فهذا وامثاله باطل وله أن يخصم فيها به وذلك وفسر بين قوله برئت وبين قوله أبرأتك فان في قوله أبرأتك انما أبرأت من ضمانه لا من الدعوى وعن هذا قالوا ان عبد في يد رجل لو قال له رجل برئت منه كان بريئا منه ولو قال أبرأتك منه كان له أن يدعيه وانما أبرأت من ضمانه كذا في الذخيرة الى ههنا كلامه (أقول) فيه نظر أما أولا فلا نبيان صورة البراءة بقوله برئت من هذه الدار مع كونه غير مطابق للشروح وهو قول المصنف أو يلحق به ذكر البراءة عن دعوى الباقي يدل على صحة البراءة من العين وليس كذلك لان مدار عدم صحة الصلح عن بعض المدعى في العين بدون الحيلة في تصحيحه بأحد الأمرين انما هو عدم صحة البراءة من العين والأصح الصلح على ذلك بان كان استيفاء بعض الحق واسقاط البعض الباقي كافي الصلح على بعض المدعى في الدين فالصورة الصحيحة المطابقة للشروح انما هو قوله برئت من دعوى في هذه الدار وأما ثانيا فلا لأن قوله فان في قوله أبرأتك انما أبرأت من ضمانه لا من الدعوى انما يتشبه في قوله أبرأتك عن هذه الدار لا في قوله أبرأتك عن خصومتى لان الابرا من الخصومة هو الابرا من الدعوى وقد صرح بأن قوله أبرأتك عن خصومتى في هذه الدار باطل أيضا بخلاف ما قالوا في يد رجل فان المذكور ههنا في جانب الابرا انما هو قول الآخر أبرأتك منه لا غير تبصر

(فصل) لما فرغ من مقدمات الصلح وشرايطه وأنواعه شرع في بيان ما يجوز عنه الصلح وما لا يجوز (قوله والصلح جائز عن دعوى الاموال) هذا لفظ القدوري في مختصره قال المصنف في تعليقه (لانه في معنى البيع على ما مر) أقول ههنا شئ وهو أن قول القدوري والصلح جائز عن دعوى الاموال

في هذه الدار خطاب للواحد فله أن يخصم غيره في ذلك بخلاف قوله برئت لانه أضاف البراءة الى نفسه مطلقا فيكون هو بريئا ويعلم من هذا التعليل ان قول صاحب الذخيرة وله أن يخصم فيها به ذلك معناه على غير مخاطب وهو ظاهر والله أعلم (فصل) لما فرغ من ذكر مقدمات الصلح وشرايطه ومن ذ ك أنواعه شرع في بيان ما يجوز عنه الصلح وما لا يجوز (والصلح جائز عن دعوى الاموال) الاصل في هذا الفصل أن الصلح يجب حله على أثر ب العدة وداليه وأشبهها به احتمالا لتصحيح تصرف العاقل بقدر الامكان فاذا كان عن مال عمال كان في معنى البيع كما مر

(قوله ونقل بعض الشارحين عن الوقائع) أقول الناقل هو الاتفاق عن الوقائع الحامية (فصل) والصلح جائز قال المصنف (والصلح جائز عن دعوى الاموال لانه في معنى البيع) أقول يعني اذا لم يكن بالمنافع والافه ومعنى الاجارة

واذا كان عن المنافع عيال كما اذا وصى بسكنى داره ومات فلدى الموصى له السكنى فصالح الوارثه عن شئ كان فى معنى الاجارة لان المنافع تلك بعقد الاجارة فكذا بالصلى

قال المصنف (قال والمنافع لانها تلك بعقد الاجارة فكذا بالصلى) اقول قال العلامة الاتقانى قال شيخ الاسلام علاء الدين الاسييجابى فى شرح الكافى واذا وصى الرجل لرجل بخدمة عبده سنة وهو يخرج من ثلثه فصالحه الوارث من خدمته على دراهم او على سكنى بيت او على خدمة عبداً آخر او على ركوب دابة او على لبس ثوب شهر افه وجائز والقياس أن لا يجوز لان الموصى له بمنزلة المستعير والمستعير لا يقدر على تملك المنفعة من أحد يبدل ولهذا الواجر منهم لا يصح (٣١) الا انا نقول بأن هذا ليس بتمليك اياهم

يبدل بل هو اسقاط حقه الذى وجب له بعقد الوصية يبدل ولفظ الصلى لفظ يحتمل التملك ويحتمل الاسقاط فان لم يمكن تصحيحه تملكاً أمكن تصحيحه اسقاطاً فصالحه اسقاطاً وهو حق معتبر يوازى الملك فاحتمل التقويم بالشروط ولهذا جاز على خدمة عبد آخر فلو كان هذا تملكاً لكان باطلاً لان بيع الخدمة بالخدمة لا يجوز وكذلك لو فعل ذلك وصى الوارث الصغير لانه تصرف نافع فى حقه فان مات العبد الموصى بخدمته بعد ما قبض الموصى له ما صالحوه عليه فهو جائز لانه عقد اسقاط وقد تم بالموت لان حقه فى منفعة مادام حياً وقد أسقط كل ذلك بالصلى فسلم انتهى قال العلامة النسفى فى الكافى والصلى جائز عن دعوى المنافع بأن ادعى فى دار سكنى سنة وصية من رب الدار بخدمة وأقر به فصالحه

قال (والمنافع) لانها تلك بعقد الاجارة فكذا بالصلى مطلق يتناول الصلى عن مال عيال والصلى عن مال بمنفعة فان أجرى على اطلاقه كما هو الظاهر لم يتم تعليل المصنف بقوله لانه فى معنى البيع على ما مر لظهور أن الصلى عن مال بمنفعة ليس فى معنى البيع بل هو فى معنى الاجارة كما صرح به فيما مر وان قيد بما كان عن مال عيال كما فعله صاحب العناية لزم أن لا يندرج ما كان عن مال بمنفعة فى هذا الفصل مع انه معقود لبيان أنواع ما يجوز عنه الصلى وما لا يجوز فكان تقصير من المقيد بلا ضرورة لا يقال انما ترك ذلك النوع فى هذا الفصل بناء على كونه معلوماً فيما مر لانا نقول ينتقض ذلك بما كان عن مال عيال فانه أيضاً كان معلوماً فيما مر (قوله والمنافع) بالجر عطف على الاموال وعن دعوى المنافع وهو من تمام لفظ القدورى قال المصنف فى تعليقه (لانها تلك بعقد الاجارة فكذا بالصلى) اقول لقائل أن يقول يشكك هذا التعليل بما ذكره شيخ الاسلام علاء الدين الاسييجابى فى شرح الكافى للحاكم الشهيد فى باب الصلى فى الوصايا حيث قال واذا وصى الرجل لرجل بخدمة عبده سنة وهو يخرج من ثلثه فصالحه الوارث من خدمته على دراهم او على سكنى بيت او على خدمة عبداً آخر او على ركوب دابة او على لبس ثوب شهر افه وجائز والقياس أن لا يجوز لان الموصى له بمنزلة المستعير والمستعير لا يقدر على تملك المنفعة من أحد يبدل ولهذا الواجر منهم لا يصح الا انا نقول لان هذا ليس بتمليك اياهم يبدل بل هو اسقاط حقه الذى وجب له بعقد الوصية يبدل ولفظ الصلى يحتمل التملك ويحتمل الاسقاط فان لم يمكن تصحيحه تملكاً أمكن تصحيحه اسقاطاً وهو حق معتبر يوازى الملك فاحتمل التقويم بالشروط الى هنا كلامه فان الموصى له اذا لم يقدر على تملك المنفعة الموصى بها من أحد لم يصح تعليل جواز الصلى عن تلك المنفعة بأن المنافع تلك بعقد الاجارة فكذا بالصلى ثم اقول يمكن أن يقال ان الموصى له وان لم يقدر على تملك المنفعة الموصى بها حقيقة الا أنه يقدر على تملكها حكماً من حيث انه يقدر على اسقاطها يبدل وقد اشار اليه الامام الاسييجابى بقوله وهو حق معتبر يوازى الملك فاحتمل التقويم فعنى تعليل المصنف أن جنس المنافع تلك حقيقة بعقد الاجارة كما اذا أجر ملكه فكذا تلك حكماً بالصلى كما اذا صالح عن المنفعة الموصى بها فعلى هذا يحصل التوفيق بين كلامى الشخين قال الامام النسفى فى الكافى الصلى جائز عن دعوى المنافع بأن ادعى فى دار سكنى سنة وصية من رب الدار بخدمة وأقر به فصالحه الوارث على شئ جائز لانه جاز أخذ العوض عنها بالاجارة فكذا بالصلى انتهى وقال بعض الفضلاء به ونقل هذا ونقر ما ذكره الامام الاسييجابى فى شرح الكافى للحاكم الشهيد على ما مر وانت خبير بما بين ما نقل من الاسييجابى والكافى

الوارث على شئ جائز لانه جاز أخذ العوض عنها بالاجارة فكذا بالصلى انتهى وانت خبير بما بين ما نقل من الاسييجابى والكافى من المخالفة ولعل فى جواز الاجارة واثبتين فليتا ممل ثم اعلم ان ظاهر ما ذكره الاتقانى من قوله الا انا نقول بأن هذا ليس بتمليك اياهم يبدل بل هو اسقاط حقه الخ بخلاف ما ذكر فى الهداية كالايجنى وفى مبسوط الامام شمس الأئمة السرخسى ولو ان الوارث اشترى منه الخدمة ببعض ما ذكرنا لم يجوز لان الشراء لفظ خاص وضع لتمليك مال عيال والموصى له بالخدمة لا يملك تملك الخدمة بعوض من غير الوارث بطريق البيع والاجارة فكذلك لا يملك تملكه من الوارث بخلاف لفظ الصلى الا ترى ان المدعى عليه بعد انكار لو صالح المدعى على شئ لم يصربه مقر حتى اذا استحق عاد الى رأس الدعوى ولو اشترى منه المدعى صار مقره بالملك حتى لو استحق البذل رجوع بالمدعى انتهى

واذا صلح عن جنابة العمد والخطا صلح أما الاول فلقوله تعالى فن عني له من أخيه شيء ووجه الاستدلال على أحد معنييه وهو قول ابن عباس رضي الله عنهما والحسن والضحاك فن أعطى له في سهولة من أخيه المقتول شيئا من المال بطريق الصلح فاتباع أي فاولى القتل اتباع المصالح بدل الصلح بالمعروف أي على مجاملة وحسن معاملة واداء أي وعلى المصالح اداء ذلك إلى ولي القتل بأحد ان في الاداء وهذا ظاهر في الدلالة على جواز صلح عن جنابة القتل العمد وأما المعنى الآخر وهو مروى عن ابن عمر وابن عباس رضي الله عنهم فن عني عنه وهو القاتل من أخيه في الدين وهو المقتول شيء من القصاص بأن كان القتل أولياء فعني بعضهم فقد صار نصيب الباقيين مالا وهو الدية على قدر حصصهم من الميراث فاتباع بالمعروف أي فليتبع الذين لم يعفوا القاتل بطلب حصصهم بالمعروف أي بقدر حقوقهم من غير زيادة عليه واداء اليه بأحسن أي وليؤد القاتل إلى غير العاقبة حقها وأقبا غير ناقص فليس فيه دليل على المطلوب ظاهرا فلهذا قال ابن عباس انها زالت في الصلح (قوله وهو بمنزلة النكاح) إشارة إلى أقرب عقد يحمل عليه الصلح عن دم العمد فانه في معنى النكاح من حيث ان كل واحد منهما لا يحتمل الفسخ بالتراضي (٣٣) منهم ما مبادلة المال بغير المال ومن حيث ان كل واحد منهما لا يحتمل الفسخ بالتراضي

واذا كان في معناه ما صلح أن يكون مسمى في النكاح صلح ههنا فلو صلحه على سكنى دار أو خدمة عبدة سنة جاز لان المنفعة المعلومة صلحت صدقا فكذا بدل في الصلح وان صلح على ذلك أبدام يجوز لانه لم يصلح صدقا لجهالته فكذا بدلا ولا يتوهم لزوم العكس فانه غير لازم ولا هو ملتزم ألا ترى ان الصلح عن القتل العمد على أقل من عشرة صحيح وان لم يصلح صدقا وأنه اذا صلح على أن يعفو من عليه عن قصاص له على آخر جاز وان لم يصلح العفو عن القصاص صدقا لان كون الصدق مالا منصوص عليه بقوله تعالى أن تنفوا بأموالكم وبدل الصلح في القصاص ليس كذلك فيمكنني يكون العوض

والاصل فيه أن الصلح يجب حله على أقرب العقود اليه وأشبهها به احتياالا لتصحيح تصرف العاقدا ما أمكن قال (ويصح عن جنابة العمد والخطا) أما الاول فلقوله تعالى فن عني له من أخيه شيء فاتباع الآية قال ابن عباس رضي الله عنهما انها زالت في الصلح عن دم العمد وهو بمنزلة النكاح حتى ان ما صلح مسمى فيه صلح ههنا إذ كل واحد منهما مبادلة المال بغير المال الآن عند فساد التسمية هذا يصار إلى الدية لانها موجب الدم من المخالفة ولعل في جواز الاجارة روايتين فليتا ممل انتهى (أقول) المخالفة بينهما في الفهم لا في المفهوم لان مراد صاحب الكافي هو أنه جاز أخذ العوض عن جنس المنافع بالاجارة كما اذا أجره له فلهذا جاز أخذ العوض بالصلح كما اذا صلح عن المنفعة الموصى بها كسكنى دار سنة مثلا وليس مراده أنه كما جاز أخذ العوض عن منفعة معينة هي سكنى دار مثلا وصية من رب الدار بالاجارة كذلك جاز أخذ العوض عن تلك المنفعة بالصلح عنها حتى تلزم المخالفة ثم أقول بقي ههنا كلام وهو أن ما ذكره الامام الاسييجي في شرح الكافي من أنه اذا أوصى الرجل لرجل بخدمة عبدة سنة وهو يخرج من ثلثه فصاحبه الوارث من خدمته على دراهم أو على سكنى بيت أو على خدمة عبد آخر أو على ركوب دابة أو على لبس ثوب شهرا فهو جاز وما ذكره صاحب النهاية نقلا عن المغني من أنه اذا أوصى الرجل لرجل بخدمة عبده سنة وهو يخرج من ثلث ماله فصاحبه الوارث من الخدمة على دراهم جاز وكذلك لو صلحه على خدمة عبد آخر يجوز أيضا وكذلك لو صلحه على ركوب دابة شهرا أو لبس ثوب شهرا فهو جاز وانتهى بخالف لما ذكر في كثير من الكتب المعتمدة فان مدلوله ما جاز الصلح عن المنفعة وان اتحد جنس المنفعتين من حيث جوازهما ماصالحة الوارث عن خدمة عبد على خدمة عبد آخر والمصرح به في كثير من المعتمدين عدم جواز الصلح عند اتحد جنس المنفعة قال في البدائع فان كان المنفعتان من جنسين مختلفين كما اذا صلح من سكنى دار على خدمة عبد يجوز بالاجماع وان كانا من جنس واحد لا يجوز عندنا وموضع المسئلة كتاب الاجارات واذا اعتبر الصلح على المنافع اجارة يصح بما يصح به

فيه متقوم والمقصود متقوم حتى صلح المال عوضا عنه فيجوز أن يقع عوضا عن قصاص آخر وقوله الا ان الاجارات عند فساد التسمية استثناء من قوله ان ما صلح مسمى فيه صلح ههنا يعني لكن أي لكن اذا فسد التسمية بجهالة فاحشة أو بتسمية ما ليس بمال متقوم ففرق بينهما فان كان الاول كما اذا صلح على دابة أو ثوب غير معين يصار إلى الدية لان الولي ما رضى بسقوط حقه فيصار إلى بدل ما سلم له من النفس وهو الدية في مال القاتل لان بدل الصلح لا يتحمل العاقلة وجوبه بعقده

(قوله فن أعطى له الخ) أقول من حيث كناية عن الولي (قوله فن عني عنه) أقول فيكون له بمعنى عنه (قوله ولا يتوهم إلى قوله وان لم يصلح صدقا) أقول لكن قال في المحيط اذا صلحه على وصيف عن دم العمد فهو جاز والاصل في جنس هذه المسائل أن ما صلح مهورا في النكاح صلح بدلا في الصلح عن دم العمد ولا اقلا والوصيف يصلح مهورا في النكاح وينصرف مطلقا إلى الوسط فكذا يصلح بدلا في الصلح عن دم العمد ومطلقا ينصرف إلى الوسط انتهى والمقصود قوله وما لا فلا فليتا ممل فان فيه مخالفة أخرى لقوله عند فساد التسمية يصار إلى الدية

وان كان الشاني كالمصالح على خرفانه لا يجب عليه شيء لانه لما لم يسم مالا متقوما صار ذكره والسكوت عنه سمي ولو سكت لبقى العفو مطلقا وفيه لا يجب شيء فكذا في ذكر التلصص (وفي النكاح يجب مهر المثل في الفصلين) أي في فصل تسمية المال المجهول وفصل التلصص (لانه الموجب الاصل في النكاح) (ويجب مع السكوت عنه حكما) قال الله تعالى قد علمنا ما فرغنا عليكم في آراءهم وموضعه أصول النكاح وتحقيقه ان المهر من ضرر ورات عقد النكاح فانه ما شرع الا بالمال فاذا لم يكن المسمى صالحا صار كالوالم يسم مهر او لم يسم مهر او لم يسم مهر المثل فكذا ههنا واما الصلح فليس من ضرر وراته وجوب المال فانه لو عفا بالاسمية شيء لم يجب شيء وفيه نظر لان العفو لا يسمي صلحا والجواب ان الصلح على ما لا يصلح بدلا عفو عن له الحق فصح ان وجوبه ليس (٣٣) من ضرر وراته (ويدخل في اطلاق

جواب الكتاب) وهو قوله (ويصح عن جنابة العمد الجنابة في النفس وما دونها وهذا أي الصلح عن جنابة العمد بخلاف الصلح عن حق الشفعة على ما لا يصح لان حق الشفعة حق ان يملك وذلك ليس بحق في المحل قبل التملك) فأخذ البذل أخذ مال في مقابلة ما ليس بشيء ثابت في المحل وذلك رشوة حرام أما القصاص فان ملك المحل فيه ثابت من حيث فعل القصاص فكان أخذ العوض عما هو ثابت له في المحل فكان صحيحا (واذا لم يصح الصلح بطل حق الشفعة لانها تبطل بالأعراض والسكوت) وقد بقوله حق الشفعة على مال احتراز عن الصلح على أخذ بيت بعينه من الدارين معين فان الصلح مع الشفيع فيه جائز وعن الصلح على بيت بعينه من الدارين بخصته من الثمن فانه لا يصح لان خصته مجهولة

ولو صالح على خير لا يجب شيء لانه لا يجب بطلاق العفو وفي النكاح يجب مهر المثل في الفصلين لانه الموجب الاصل ويصح مع السكوت عنه حكما ويدخل في اطلاق جواب الكتاب الجنابة في النفس وما دونها وهذا بخلاف الصلح عن حق الشفعة على مال حيث لا يصح لانه حق التملك ولا حق في المحل قبل التملك أما القصاص فلكل المحل في حق الفعل فيصح الاعتياض عنه واذا لم يصح الصلح تبطل الشفعة لانها تبطل بالأعراض والسكوت والكفالة بالنفس بمنزلة حق الشفعة حتى لا يجب المال بالصلح عنه غير أن في بطلان الكفالة رأتين على ما عرف في موضعه

الاجارات ويفسد بما يفسد به انتهى وقال في التبيين انما يجوز عن المنافع على المنفعة اذا كانت مختلفة الجنس وان كانت متفقة بان يصالح عن السكنى على السكنى أو عن الزراعة على الزراعة فلا يجوز لانه لا يجوز استيفاء المنفعة بمنزلة ما فكذا الصلح وعند اختلاف الجنس يجوز استيفاءها بالمنفعة فكذا الصلح انتهى الى غير ذلك من المعترات فتدبر (قوله والاصل فيه ان الصلح يجب حمله على أقرب العفو إليه وأشبهها به احتمالا لتصح تصرف العاقل ما أمكن) أقول لقائل أن يقول قد يقع الصلح على مجرد ترك الدعوى من الجانبين ويجوز كما صرحوا به فامكان حمل مثله على شيء من العفو غير ظاهر سيما اذا وقع على ترك دعوى جنابة العمد من الجانبين فتأمل (قوله وهو بمنزلة النكاح حتى ان ما صلح مسمى فيه صلح ههنا ذكرا واحدا منهم مبادلة المال بغير المال) قال الشراح في شرح قوله ان ما صلح مسمى فيه صلح ههنا ولا ينعكس هذا أي لا يقال كل ما يصلح بدلا في الصلح يصلح مسمى في النكاح فان هذا العكس غير لازم ولا ملتزم لان الصلح عن دم العمد على أقل من عشرة قدر اهرم صحيح وان لم يصلح مادون العشرة صدقا فالا لانه لو صالح من عليه القصاص على أن يعفو عن قصاصه على آخر جاز وان لم يصلح العفو عن القصاص صدقا فالان كون الصداق مالا منصوص عليه بقوله تعالى أن يتنقوا بأموالكم بدل الصلح في القصاص ليس كذلك فيمكن فيكون العوض فيه متقوما والقصاص متقوم حتى صلح المال عوضا عنه فيجوز أن يقع عوضا عن قصاص آخر انتهى كلامهم (أقول) هنا اشكال وهو أنه اذا صح أن يكون بدل الصلح في جنابة العمد ما ليس بمال كالعفو عن القصاص لزم أن لا يصح قول المصنف اذ كل واحد منهم مبادلة المال بغير المال لان الصلح عن جنابة العمد في صورة ان صالح من عليه القصاص على العفو عن قصاصه على آخر ليس بمبادلة المال بغير المال بل هو هناك مبادلة بغير المال بغير المال كما لا يخفى وقال الشراح تفريعا على قول المصنف حتى ان ما صلح مسمى فيه صلح ههنا فلو صالح عن دم العمد على سكنى دار أو خدمة عبدة جاز لان المنفعة المعلومة صلت صدقا

(٥ - تكمل له سابع) لكن لا تبطل الشفعة لانه لم يوجد منه الاعراض عن الاخذ بالشفعة به هذا الصلح (والكفالة بالنفس بمنزلة حق الشفعة) يعني اذا كفل عن نفسه رجل جفا للمكفول وصالح الكفيل على شيء من المال على أن يأخذه المكفول له ويخرج الكفيل عن الكفالة لا يصح الصلح (ولا يجب المال غير أن في بطلان الكفالة روايتين) في رواية كتاب الشفعة والحوالة والكفالة تبطل وهو رواية أبي حفص وبه يفتى لان السقوط لا يتوقف على العوض واذا سقطت لا تعود وفي الصلح من رواية أبي سليمان لا تبطل لان الكفالة بالنفس وقد تكون موصلة الى المال فأخذت حكمه من هذا الوجه فاذا رضى أن يسقط حقه بموضع لم يسقط مجانا

(قوله والجواب ان الصلح على ما لا يصلح بدلا عفو عن له الحق) أقول فيه نوع مصادرة

(وأما الثاني وهو جنابة الخطأ فلا نوجبها المال فيصير بمنزلة البيع) ثم الصلح فيه إما أن يكون على أحد مقادير الدية أو لا والاول امان أن يكون منفردا أو منصف إلى الصلح عن العمد فان كان منفردا وهو المذكور في الكتاب لا يصح بالزيادة على قدر الدية لأنه مقدّر شرعا والمقدّر الشرعي لا يبطل فترد الزيادة بخلاف الصلح عن القصاص حيث تجوز الزيادة على قدر الدية إذ ليس فيه تقدير شرعي فكانت الزيادة ابطالا له بل القصاص ليس بمال (٣٤)

تراضا عليه كالتمسمة في النكاح وأن كان منضمّا إلى العمد كان كما اذا قتل عمدا وآخر خطأ ثم صلح أولياءهما على أكثر من ديتين فالصلح جائز ولصاحب الخطأ الدية وما بقي فلصاحب العمد لكن عليه رجل مائة دينار ولا أكثر ألف درهم فصالحهما على ثلاثة آلاف درهم فلصاحب الألف والباقي لصاحب الدنانير والثاني كما اذا صلح على مكيل أو موزون حازت الزيادة على قدر الدية لأنه مبادلة إلا أنه يشترط القبض في المجلس كي لا يكون افتراقا عن دين الدية بدين بدل الصلح (ولو قضى القاضي بأحد مقادير الدية مثل ان قضى بمائة من الأبل ثم صلح أولياء القليل على أكثر من مائتي بقرة جاز لان الحق قد تعين بالقضاء في الأبل) وخرج غيره من أن يكون واجبا بهذا النعل (فكان ما يعطى عوضا عن الواجب) فكان صحهما (بخلاف الصلح) بالزيادة عليه (ابتداء لان تراضيهما على

وأما الثاني وهو جنابة الخطأ فلا نوجبها المال فيصير بمنزلة البيع إلا أنه لا تصح الزيادة على قدر الدية لانه مقدّر شرعا فلا يجوز ابطاله فترد الزيادة بخلاف الصلح عن القصاص حيث تجوز الزيادة على قدر الدية لان القصاص ليس بمال وإنما يقوم بالعقد وهذا اذا صلح على أحد مقادير الدية أما اذا صلح على غير ذلك جاز لانه مبادلة لهم إلا أنه يشترط القبض في المجلس كي لا يكون افتراقا عن دين بدين ولو قضى القاضي بأحد مقاديرهما فالصلح على جنس آخر منها بالزيادة جاز لانه تعين الحق بالقضاء فكان مبادلة بخلاف الصلح ابتداء لان تراضيهما على بعض المقادير بمنزلة القضاء في حق التعيين فلا تجوز الزيادة على مائة من قال (ولا يجوز زعن دعوى حدد) لانه حق الله تعالى لاحقه ولا يجوز الاعتياض عن حق غيره ولهذا لا يجوز الاعتياض اذا ادعت المرأة نسب ولدها لانه حق الولد لاحقها وكذا لا يجوز الصلح عما أشعره إلى طريق العامة لانه حق العامة فلا يجوز أن يصالح واحد على الآخر ادعائه ويدخل في فكذا بدلا في العلم ولو صلحه على ذلك أبدا أو على ما في بطن أمته أو على غلته فخله سنين معاومة لم يجز لانه لم يصلح صدقا فكذا بدلا في الصلح انتمى (أقول) فيه بحث لان تعليلهم عدم جواز الصلح عن دم العمد على الأشياء المذكورة بقولهم لانه لم يصلح صدقا فكذا بدلا في الصلح ينافي قولهم بأن العكس ههنا غير لازم ولا ملتزم فان صحة التعليل بما ذكرنا ينبغي على لزوم العكس والتزامه فالعواب تعليل عدم جواز الصلح في تلك الصور بجهالة المصالح عليه من غير تعرض لثبوت الصلح صدقا فان جهالة نفسه سد الصلح فيما احتج فيه إلى التسليم والتسليم كما تقر به بامر وقال بعض الفضلاء في حاشيته على قول صاحب العناية ولا يتوهم لزوم العكس فانه غير لازم ولا هو ملتزم لكن قال في المحيط اذا صلحه على وصيف عن دم العمد فهو جائز والاصل في جنس شرع المسائل ان ما صلح به مهر في النكاح صلح بدلا في الصلح عن دم العمد وما لا فلا والوصيف يصلح مهر في النكاح ويصرف مطلقه إلى الوسط فكذا يصلح بدلا في الصلح عن دم العمد ومطلقه ينصرف إلى الوسط انتمى والمقصود قوله وما لا فلا فليتأمل فان فيه مخالفة أخرى لقوله عند فساد التسمية بصار إلى الدية إلى هنا كلام ذلك البعض (أقول) لا مخالفة فيه لقوله عند فساد التسمية بصار إلى الدية إذ لا فساد في التسمية فيما قاله صاحب المحيط لان فساد التسمية بجهالة فاحشة وليس في الوصيف جهالة فاحشة سيما اذا انصرف مطلقه إلى الوسط كما صرح به وله هذا يصلح مهرا في النكاح وهذا أمر لا ستر فيه (قوله وأما الثاني وهو جنابة الخطأ فلا نوجبها المال فيصير بمنزلة البيع) أقول فيه شيء وهو أنهم صرحوا بأن الصلح اذا كان على جنس ما استحققه المدعي على المدعى عليه لم يحكم على المعاوضة وإنما يحكم على أنه استوفى بعض حقه وأسقط باقيه وسبأ في ذلك في الكتاب أيضا في باب العلم في الدين ولا يخفى أن الصلح عن جنابة الخطأ اذا كان على أحد مقادير الدية مطلقا قبل ان يقضى القاضي بأحد منها بعينه أو كان على جنس ما قضى القاضي به بعد ان قضى بأحد مقاديرها بعينه كان

بعض المقادير بمنزلة القضاء في حق التعيين) ولو قضى القاضي بأحد المقادير زيادة على مقدار الدية لم يجز فكذا هذا من قال (ولا يجوز زعن دعوى حدد) الاصل في هذا ان الاعتياض عن حق الغير لا يجوز فاذا أخذ رجل زانيا أو سارقا أو شارب خمر وأراد أن (قوله بل القصاص ليس بمال) أقول وبهذا يظهر وجه بطلان الصلح عن الكفالة (قوله والثاني كما اذا صلح على مكيل الخ) أقول هو معطوف على ما سبق بثمانية أسطر تخمينية او هو قوله والاول اما الخ قال المصنف (وكذا لا يجوز الصلح عما أشعره إلى طريق العامة) أقول قال العلامة التستبي في الكافي بخلاف ما لو كان إلى طريق غير نافذ فصالحه رجل من أهل الطريق فالصلح جائز لان الطريق مملوكة لاهلها انتهى قال المصنف (لانه حق العامة) أقول وفي الكافي بدل قوله لانه حق العامة لان الحق في الشارع لجماعة المسلمين انتهى يفهم منه أن الشارع يطلق على طريق العامة مطلقا حيث قبول بغير النافذة

كم يرفع به الى الحالف فصله المأخوذ على مال لترك ذلك فالصلح باطل وله أن يرجع عليه بما دفع اليه من المال لان الخدح حق الله تعالى والاعتياض عن حق الغير لا يجوز وهو الصلح على تحريم الحلال أو تحليل الحرام واذا ادعت امرأة على رجل صبيها هو بيد هاته ابنة منها وبحد الرجل ولم تدع المرأة النكاح وقالت انه طلقها او بانت منه وصدقها في الطلاق فصلح من التسبب على ما تدعهم فالصلح باطل لان التسبب حق الصبي فلا يجوز الاعتياض عنه (واذا أشعر رجل الى طريق العامة فصلح واحد من العامة على مال لا يجوز لانه حق العامة فلا يجوز انفراد واحد منهم بذلك) وقيد بقوله الى طريق العامة لان الظلة اذا كانت على طريق غير نافذة فصلح رجل من أهل الطريق جاز الصلح لان الطريق مملوكة لاهلها فيظهر في حق الافراد الصلح معه مفيد لا يسقط حقه ويتوصل به الى تحصيل رضا الباقين وقيد بقوله واحد على الانفراد لان صاحب الظلة لو صالح الامام على دراهم (٣٥) لسترك الظلة جازا اذا كان في ذلك صلاح للمسلمين ويضعها

في بيت المال لان الاعتياض للامام عن الشركة العامة جائز ولهذا الوباغ شيامن بيت المال ص (وحد القذف داخل في جواب الحدود لان المقلب فيه حق الشرع) وله - هذا لا يجوز زعفوه ولا يورث بخلاف القصاص قال (واذا ادعى رجل على امرأته نكاحا الخ) هذا بناء على الاصل المار ان الصلح يجب اعتباره باقرب العقود اليه شها واذا اجحدت النكاح فصلحته على مال بذاته يمكن تصحيحه خلعا في جانبه بناء على زعمه وبذلال المال لدفع الخصومة وقطع الشغب والوطء الحرام في جانبها فان أقام على التزوج يئنه بعد الصلح لم تقبل لان

اطلاق الجواب حد القذف لان المقلب فيه حق الشرع قال (واذا ادعى رجل على امرأته نكاحا وهي تجحد فصلحته على مال بذاته حق يترك الدعوى جاز وكان في معنى الخلع) لانه يمكن تصحيحه خلعا في جانبه بناء على زعمه وفي جانبها لا للمال لدفع الخصومة فالاول لا يحل له أن يأخذ فيما بينه وبين الله تعالى اذا كان مبطلا في دعواه قال (واذا ادعت امرأة على رجل نكاحا فصلحها على مال بذله لها جاز) قال رضي الله عنه هكذا ذكر في بعض نسخ المختصر وفي بعضها قال لا يجوز وجه الاول أن يجعله زيادة في مهرها وجه الثاني أنه بذل لها المال لترك الدعوى فان جعل ترك الدعوى منها فرقة فالزوج لا يعطى العوض في الفرقة وان لم يجعل فالخال على ما كان عليه قبل الدعوى فلا شيء يقابله العوض فلم يصح

من ذلك القبيل فلم يتم اطلاق قوله فيصير بمنزلة البيع فتأمل (قوله وجه الاول أن يجعل زيادة في مهرها) أي ان يجعل كأنه زاد في مهرها ثم خالعه على أصل المهر دون الزيادة فسقط الاصل دون الزيادة كذا في النكاح وكثير من الشروح قال صاحب غاية البيان وفيه نظر عندي لانه ضعيف جدا لان الكلام في دعواها النكاح وصلح الرجل عنه على مال والصلح عن النكاح على مال عبارة عن ترك النكاح عمال فكيف يكون ذلك زيادة في المهر اه (أقول) هذا كلام خال عن التحصيل فان كون الصلح عن النكاح على مال عبارة عن ترك النكاح عمال لا ينافي كون ذلك زيادة في المهر بل يقتضيه لان ترك النكاح بلا فرقة عمالا يتصور شرعا فلا بد أن يجعل ترك النكاح عمال فرقة يبدل وهي الخلع ولما جعل خلعا سقط أصل المهر فلا بد أن يجعل له ما بذله لها زيادة في المهر وهذا وجه لا غبار عليه (قوله فان جعل ترك الدعوى منها فرقة فالزوج لا يعطى العوض في الفرقة) اذ لا يسلم له شيء من هذه الفرقة وانما المرأة هي التي تسلم لها نفسها وتخلص عن الزوج كذا في النكاح وكثير من الشروح (أقول) لما منع أن يمنع قولهم اذ لا يسلم له شيء من هذه الفرقة فانه يسلم لها منها أصل المهر اذ لو لا هذه الفرقة لزمه مهرها عند ثباتها النكاح فجاز أن يعطى الزوج العوض ليسلم المهر في ضمنها تلك الفرقة التي هي في معنى الخلع فان قلت يجوز

ما جرى كان خلعا في زعمه ولا فائدة في اقامتها بعده وان كان مبطلا في دعواه لم يحل له ما أخذه بينه وبين الله تعالى وهذا عام في جميع أنواع الصلح الا أن يسلم به بطيب عن نفسه فيكون عليك على طريق الهبة وفي عكس هذه المسئلة وهي ما اذا ادعت امرأة على رجل نكاحا فصلحها على مال بذله لها اختلف نسخ المختصر في ذلك فوقع في بعضها جاز وفي بعضها لم يجوز وجه الاول أن يجعل كآن الزوج باعطاء بدل الصلح زاد على مهرها ثم طلقها ووجه الثاني أنه بذل لها لترك الدعوى فان جعل ترك الدعوى منها فرقة فلا عوض على الزوج في الفرقة كما اذا مكنت ابن زوجها وان لم يجعل فرقة فالخال على ما كان عليه قبل الدعوى لان الفرقة لما لم توجد كانت دعواها على حالها لبقاء النكاح في زعمها فلم يكن شيء يقابله العوض فكان رشوة

(قوله فصلحه رجل من أهل الطريق الخ) أقول يعني من أهل الطريق الخ (قوله والوطء الحرام في جانبها) أقول فيه بحث فانه لا يكون حراما اذا كان بالقضاء وجوابه ان المرأة يجوز ان تعتقد ذلك على رأى من قال لا ينفذ القضاء باطنا (قوله فكان رشوة) أقول أي رشوة محضة

(وان ادعى على رجل) مجهول الحال (انه عبده فصالحه على مال اعطاه اياه فأقرب العقود اليه شبه العتق على مال فيجعل بمنزلة لامكان
تصحيحه على هذا الوجه في زعمه ولهذا يصح على حيوان الى أجل في الذمة) ولا يصح ذلك الا بمقابلة ما ليس بمال كالسكاح والديبات ولهذا
لا يصح السلم في الحيوان (و) محمل (في حق المدعى عليه لدفع الخصومة لانه يزعم انه حر الاصل فجاز الا أنه لا يثبت الولامة لانكار العبد الا
أن يقيم البينة فتقبل ويثبت الولاء) لانه صالحه بعد كونه عبداً فكان صلحه بمنزلة الاعتاق على مال وفيه الولاء (واذا قتل العبد المأذون
له رجلاً عداً فصالح عن نفسه لم يجز) سواء كان عليه دين أو لا (وان قتل عبداً له) أي العبد المأذون له (رجلاً عداً فصالح عنه جاز) سواء
كان عليه دين أو لا (والفرق أن رقبته ليست حاملة من تجارته ولهذا لا يملك التصرف فيه ببيعاً وان جازاً جارة فلا يجوز أن يستخلص
ورقبته بمال المولى وصار كالاجنبي) أي صار العبد كالاجنبي في حق نفسه لان نفسه مال المولى والاجنبي اذا صالح عن مال مولاه
بدون اذنه لا يجوز فكذلك ههنا (اما عبده فمن تجارته وكسبه وتصرفه فيه نافذ يباع فكذلك استخلاصه) تحقيق (هذا ان المستحق
كالرائل عن ملكه) فصار كأنه مملوك للمولى ولهذا كان له أن يتلفه (وهذا) أي الصلح (كأنه شرأوه وهو يملك ذلك) بخلاف نفسه فانه اذا
زال عن ملك المولى لا يملك شرأه فكذلك لا يملك الصلح وطولب بالفرق بينه وبين المكاتب فانه لو قتل عداً فصالح عن نفسه جاز
وأجيب بأن المكاتب حر يدا واكتسابه له بخلاف المأذون فانه عبداً من كل وجه وكسبه لمولاه ثم صلح العبد المأذون له وان لم يصح لكن
ليس للمولى القتيل ان يقتله بعد (٣٦)

قال (وان ادعى على رجل انه عبده فصالحه على مال اعطاه جاز وكان في حق المدعى بمنزلة الاعتاق
على مال) لانه أمكن تصحيحه على هذا الوجه في حقه لزعمه ولهذا يصح على حيوان في الذمة
الى أجل وفي حق المدعى عليه يكون لدفع الخصومة لانه يزعم انه حر الاصل فجاز الا أنه لا يثبت الولامة لانكار
العبد الا أن يقيم البينة فتقبل ويثبت الولاء قال (واذا قتل العبد المأذون له رجلاً عداً لم يجز له أن يصالح
عن نفسه وان قتل عبداً له رجلاً عداً فصالحه جاز) ووجه الفرق أن رقبته ليست من تجارته ولهذا
لا يملك التصرف فيه ببيعاً فكذلك استخلاصه بمال المولى وصار كالاجنبي اما عبده فمن تجارته وتصرفه فيه
نافذ يباع فكذلك استخلاصه بهذا لان المستحق كالرائل عن ملكه وهذا شرأوه فملكه قال (ومن
غصب ثوباً وبداقته دون المائة فاستملكه فصالحه منها على مائة درهم جاز عند أبي حنيفة وقال أبو
يوسف ومحمد يبطل الفضل على قيمته بما لا يتغابن الناس فيه) لان الواجب هي القيمة وهي مقدرة فالزيادة
عليها تكون رباحاً بخلاف ما اذا صالح على عرض لان الزيادة لا تظهر عند اختلاف الجنس وبخلاف
ما يتغابن الناس فيه لانه يدخل تحت تقويم المقومين فلا تظهر الزيادة

البدل في حق المولى فتأخر
الى ما بعد العتق لان صلحه
عن نفسه صحيح لكونه مكفراً
وان لم يصح في حق المولى
فصار كأنه صالحه على بدل
مؤجل يؤاخذ به بعد العتق
ولو فعل ذلك جاز الصلح ولم
يكن له أن يقتل ولان
يتبعه بشئ ما لم يعتق فكذلك
هذا قال (ومن غصب
ثوباً وبداقته) وهو وقوم من
أهل الكتاب ينسب اليهم الثوب
يقال ثوب يهودي وانما خصه
بالذكر إشارة الى كونه معلوم
القيمة وكل قيم معلوم القيمة

أن يكون مراد المصنف فالزوج لا يعطى العوض بناء على وقوع هذه الفرق من جانب المرأة كما
يشعر به تقرير تاج الشريعة في شرح هذا المقام حيث قال يعني أن هذا الصلح ان جعل فرقة فلا عوض
في الفرق من جانبها على الزوج كالمرأة اذا مكنت ابن زوجها لا يجب عليه شئ انتهى ويشير اليه قول

حكمه كذلك فعلى هذا من غصب قيماً معلوم القيمة فاستملكه فصالح من القيمة على أكثر من من النقود جاز عند
أبي حنيفة وقال يبطل الفضل عن قيمته بما لا يتغابن فيه الناس وقيد بانفسب لانه المحتاج الى الصلح غالباً وقيد بالقيمي احترازاً عن المثلي
فان الصلح عن كرخطة على دراهم أو دنان جاز بالاجماع سواء كانت أكثر من قيمته أو لا ولكن القبض شرط وان كانتا
باعتائهما لتلازم بيع الكالئ بالكالئ وقيد بقوله معلوم القيمة ليظهر الغبن الفاحش المانع من لزوم الزيادة عندهما وقيد بالاستهلاك
لان المغصوب اذا كان قائماً جاز الصلح على أكثر من قيمته بالاجماع وقيد بقوله من النقود لانه لو صالح على طعام موصوف في القيمة
حالا وقبضه قبل الافتراق جاز بالاجماع والاصل في هذا أن الدراهم تقع في مقابلة عين المغصوب حقيقة ان كان قائماً وتقدير ان لم يكن
عند أبي حنيفة وعنده ما بمقابلة قيمة المغصوب فقالات ان الواجب هو القيمة وهي مقدرة بالدراهم والدنانير فالزيادة عليها بما لا يتغابن
فيه الناس كان رباحاً بخلاف ما اذا صالح على عرض لان الزيادة لا تظهر عند اختلاف الجنس وبخلاف ما يتغابن الناس فيه لانه يدخل
تحت تقويم المقومين فلا تظهر فيه الزيادة

(قوله ولهذا كان له الخ) أقول الضمير في قوله لراجع الى الذي قال المصنف (ولهذا لا يملك التصرف فيه) أقول قال في النهاية أي في رقبته
بتأويل العضو أو الجزء وانتهى فيه بحث فان الرقبة هنا مجاز عن النفس (قوله وهذا أي الصلح كأنه شرأوه الخ) أقول فأشار الشارح الى
أن الكلام على التشبيه (قوله يؤاخذ به بعد العتق) أقول قوله يؤاخذ به صفة أخرى

ولابي حنيفة طريقان أحدهما أن المصوب بعد الهلاك باق على ملك المالك ما لم يتقرر حقه في ضمان القيمة حتى لو كان عبدا واختار ترك التضمين كان العبد هالكا على ملكه حتى كان الكفن عليه ولو كان أبقاه مادم باقه كان مملوكا وإذا كان كذلك فالمالك الذي وقع عليه الصلح يكون عوضا عن ملكه في الثوب أو العبد ولا ريب بين العبد والدرهم كالأمر كان العبد قائما والثاني أن الواجب على الغامب رد العين لقوله صلى الله عليه وسلم على البدن أخذت حتى ترد فهو الأمل في الغصب وانما يجب القيمة عند تعذر رد العين لتقوم القيمة مقام العين وكان ذلك ضرورا بالإبصار إليه لا عند المحرز فاذا صلح على شيء كان البدل عوضا عن العين وهو خلاف الجنس فلا يظهر الفضل ليكون ربا وفي كلام المصنف تسامح لانه وضع المسئلة في القيمي وذكر في الدليل المثل فان وجوب المثل صورة ومعنى انما هو في المثليات ولا يصار فيها الى القيمة الا اذا انقطع المثل في غيبته. يصار اليها ويمكن (٣٧) أن يجاب عنه بأنه فعل ذلك

أشارة لأن المثل اذا انقطع حكمه كالقيمي لا ينتقل فيه الى القيمة الا بالقضاء فقبله اذا تراصيا على الاكثر كان اعتبارا فلا يكون ربا بخلاف الصلح بعد القضاء لان الحق قد انتقل الى القيمة قال (واذا كان العبد بين رجلين أعتقه أحدهما وهو موسر فصالحه الآخر على أكثر من نصف قيمته فالفضل باطل) وهذا بالاتفاق أما عندهما فلم يبينوا الفرق لابي حنيفة رجه الله ان القيمة في العتق منصوص عليها وتقدير الشرع لا يكون دون تقدير القاضي فلا يجوز الزيادة عليه بخلاف ما تقدم لانما غير منصوص عليها (وان صالحه على عروض جاز) لم يبين أنه لا يظهر الفضل وانه اعلم بالصواب

صاحب العناية فان جعل ترك الدعوى منها فرقة فلا عوض على الزوج في الفرقة كما اذا مكنت ابن زوجها انتهى فاذ احال هذا المعنى (قلت) يرد عليه أيضا ان يقال وقوع الفرقة من جانب المرأة انما يمنع اعطاء الزوج العوض لو كانت هي مستقلة في مباشرة سبب الفرقة كما اذا مكنت ابن زوجها وأما اذا كانت مباشرة سبب الفرقة برأى الزوج ورضاه كما فيما نحن فيه اذا كان تركه دعوى النكاح فيه بطلب الزوج ورضاه حيث تصالحا عنه على مال بذله لها فلان سلم أن وقوع الفرقة من جانب المرأة في مثل ذلك يمنع اعطاء الزوج العوض ألا يرى أنه لو قال رجل لامرأته طلقي نفسك أو قال لها اختاري ينوي بذلك الطلاق فلهما أن تطلق نفسها مادامت في مجلسها ذلك فان طلقت نفسها في ذلك المجلس لزمه مهرها قطعاً فلم يكن وقوع الفرقة من جانبها هالكاً مانعاً عن وجوب المهر على الزوج كما كان مانعاً عنه فيها اذا مكنت ابن زوجها فكذلك هالكاً لا يكون وقوعه مانعاً من جانبها مانعاً عن لزوم اعطاء الزوج العوض فتدبر (قوله أوحقه في مثله صورة ومعنى لان ضمان العدو والمثل وانما ينتقل الى القيمة بالقضاء الخ) قال صاحب العناية وفي كلام المصنف تسامح لانه وضع المسئلة في القيمي وذكر في الدليل المثل فان وجوب المثل صورة ومعنى انما هو في المثليات ولا يصار فيها الى القيمة الا اذا انقطع المثل في غيبته يصار اليها انتهى كلامه (أقول) قد غلط في استخراج هذا المقام لحمل كلام المصنف على التسامح ومنشأ ذلك أنه زعم أن مراد المصنف بالحق في قوله أوحقه في مثله صورة ومعنى هو حق الأخذ وهذا غير متصور في القيمات لان أخذ المثل فرع وجوده ووجود المثل صورة ومعنى انما يتصور في المثليات وليس مراد المصنف بذلك قطعاً بل انما هو اده به حق تعلق الملك بجهة أن الواجب في ذمة

بأنه لو باع عين المصوب بعد الهلاك أو الاستهلاك من الغاصب لم يجز فلو كان بمنزلة القائم حكماً لجاز وأجيب بأن المبيع يقتضي قيام مال حقيقة لكونه تملك مال متقوم بحال متقوم والهالك ليس بحال وأما الصلح فيمكن تصحيحه اسقاطاً وحقنه لا تقتضي قيام مال متقوم حقيقة (قوله وإذا كان العبد بين رجلين الخ) ظاهر والمراد بالنص ما مر في العتاق من قوله صلى الله عليه وسلم ومن أعتق شقفاً من عبدينه وبين شر يكة قوم عليه نصيب شر يكة فيضمن ان كان موسر أو يسي العبد

(قوله وفي كلام المصنف تسامح الى قوله انما هو في المثليات) أقول وفي الكافي أوحقه في الأصل صورة ومعنى اذا الواجب ضمان العدو وهو مقيد بالمثل كما نطق به النص وإيجاب الحيوان والثوب في الذمة يمكن كافي النكاح والدية انتهى وبه يندفع ما ذكره الشارح فان قوله وجوب المثل صورة ومعنى انما هو في المثليات غير مسلم وعليك بالتأمل

باب التبرع بالصلح والتوكيل به

(ومن وكل رجلاً بالصلح عنه فصالح لم يلزم الوكيل ما صالح عنه إلا أن يضمه

باب التبرع بالصلح والتوكيل به

لما كان تصرف المرء بنفسه أصلاً قدمه على التصرف لغيره وهو المراد بالتبرع بالصلح لأن الإنسان في العمل لغيره متبرع قال (ومن وكل رجلاً بالصلح عنه الخ) ومن وكل رجلاً بالصلح عنه فصالح لم يلزم الوكيل ما صالح عنه أي عن وكل في رواية المصنف وروى غيره ما صالح عليه وهو المصالح عليه الآن يضمه

باب التبرع بالصلح والتوكيل به

(قوله وهو المراد بالتبرع بالصلح) أقول فيه بحث قال المصنف (لم يلزم الوكيل ما صالح عنه) أقول أي عن وكل فالهائد إلى اسم الموصول محذوف أي ما صالح عليه عن الموكل (قوله وروى غيره) أقول يعني الأقطع

الغاصب حقاً للمالك مثل الهالك صورة ومعنى وهذا الحق يتصور في القيمات أيضاً وإن لم يتصور حق الأخذ إلا في المثليات لأن وجوب القيمات في الذمة ممكن كالحیوان والثوب في الشكاح والدية وغيرهما على ما صرحوا به ومما يفتهم عما قلناه ما ذكر في الذخيرة ونقل عنهم في النهاية بأن قال الوجه لا يـ حنيفة رحمه الله أن هذا اعتياض عن الثوب والحیوان كما يجوز بالغام بالغ كالاعتياض عن الثوب القائم بالحیوان القائم حقيقة وانما قلنا أن هذا الاعتياض عن الثوب والحیوان كما لأن الواجب في ذمة الغاصب حقاً للمالك مثل الحيوان والثوب من جنسه لأنه ضمان عدوان فيكون مقيداً بالمثل والمثل من كل وجه هو المثل صورة ومعنى ولهذا كان الواجب من جنسه في غير الثوب والحیوان فهو المكيلات والموزونات وإيجاب الحيوان والثوب في الذمة ممكن كافي الشكاح والدية إلا أن عند الأخذ يصار إلى القيمة ضرورة أن أخذ المثل صورة ومعنى غير ممكن إلا بسابقة التقويم والاخذ والدافع لا يعرفان ذلك حقيقة لما فيه من التفاوت الفاحش ولا ضرورة في الوجوب لأن الوجوب بإيجاب الله تعالى والله تعالى عالم بذلك فصح ما دعينا أن هذا الاعتياض عن الثوب والحیوان فيجوز كيفما كان انتهى والعجب من صاحب العناية أنه بعد ما نظر إلى النهاية وسائر المعتبرات وأطلع على ما فيها كيف وقع في تلك الورطة ثم قال صاحب العناية ويمكن أن يجاب عنه بأنه فعل ذلك إشارة إلى أن المثلي إذا انقطع حكمه كالقبي لا ينتقل فيه إلى القيمة إلا بالقضاء فقبله أن تراصيا على الأكثر كان اعتياضاً فلا يكون راجحاً لخلاف الصلح بعد القضاء لأن الحق قد انتقل إلى القيمة انتهى (أقول) عذره أقبح من ذنبه لأن المصنف ههنا ليس بصدد بيان المسئلة حتى تفيد إشارته إلى اشتراك المثلثين في الحكم شيئاً بل هو ههنا في مقام الاستدلال على قول أبي حنيفة في الصلح عن الثوب المستملك على أكثر من قيمته فإن لم يفد الدليل الذي ذكره المدعي بناء على كون المدعي في القبي وكون الدليل محم وصلاً للمثلي كما زعمه لا يتم المطلوب فيحصل الكلام لعدم إيفاءه حق المقام ولا تجدي الإشارة إلى أمر أخفى عن الصدنفعا كما لا يخفى

باب التبرع بالصلح والتوكيل به

قال صاحب النهاية لما كان تصرف المرء بنفسه أصلاً قدمه على التصرف لغيره وهو المراد بالتبرع بالصلح لما أن الإنسان في العمل لغيره متبرع واقفى أثره صاحب الغاية وصاحب العناية (أقول) إن قولهم وهو المراد بالتبرع بالصلح ليس بسديد إذ لو كان المراد بالتبرع بالصلح ههنا مجرد التصرف لغيره لكان قول المصنف والتوكيل به مستنداً كالتنازل بالتبرع بالصلح بمعنى مجرد التصرف لغيره ما حصل بالتوكيل به أيضاً فالحق عندي أن المراد بالتبرع بالصلح ههنا هو الصلح عن آخر بغير أمره وبالتوكيل به هو الصلح عنه بأمره وكلاهما صورتين مذكورتان في هذا الباب فيسأل ما ذكر في عنوان الباب عن الاستدراك بقى شيء وهو أن التوكيل بالصلح فعل الموكل وهو تصرف فيه لنفسه فلا يتم وجه التقديم الذي ذكره بالنظر إلى قول المصنف في العنوان والتوكيل به والجواب أن التوكيل المذکور في العنوان مصدر من المبني للفعول فيرجع إلى معنى التوكيل وهو تصرف للغير فإن قلت فلم لم يقل والتوكيل به يدل قوله والتوكيل به حتى لا يحتاج إلى البيان بأنه مصدر من المبني للفعول قلت فائدة التعبير عن التوكيل بالتوكيل هي الإيحاء إلى أن المراد التوكيل الحاصل بالتوكيل وهو التوكيل بأمر الغير الذي هو الموكل لا المباشر بنفسه بدون أمر الغير وهو التبرع بالصلح فيندفع به توهم الاستدراك تأمل فانه معنى

والمال لازم للوكل (وتأويل هذه المسئلة إذا كان الصلح عن دم العمد أو كان الصلح عن بعض ما يدعيه من الدين لأنه أسقط محض فكان الوكيل فيه سفيها ومعبرا فلا ضمان عليه كالأو كيل بالنسكاح الآن يضمه لأنه حينئذ هو مؤاخذ بعقد الضمان لا بعقد الصلح أما إذا كان الصلح عن مال بعمال فهو بمنزلة البيع فترجع الحقوق إلى الوكيل فيكون المطالب بالمال هو الوكيل دون الموكل

لطيف (قوله والمال لازم للوكل) قال صاحب النهاية ومعراج الدراية في شرح الاقطع والمال لازم على الموكل انتهى وقال صاحب غايه البيان واللام في لوكل بمعنى على كفى قوله تعالى وإن أسأتم فلها أى فعلها واقفى أثر صاحب العناية حيث قال والمال لازم للوكل أى على الموكل كفى قوله تعالى وإن أسأتم فلها أى فعلها انتهى (أقول) لا وجه لمل اللام في قوله والمال لازم للوكل على معنى على لأن لوكل متعلق بلازم وكلمة اللزوم تعدي بنفسها وبالبناء يقال لزمه ولزم به ولا تتعدى بعلى فلو جعل اللام هنا بمعنى على لزم تعدية اللزوم بعلى ولم نسمع قط فالصحيح أن تبقى اللام في عبارة الكتاب على حالها ويكون الختامها لتقوية العمل فالهوى والمال يلزم الموكل وأدخل اللام على معمول اسم الفاعل من الأفعال المتعدية بأنفسها التقوية العمل شائع في كلام العرب بخلاف قوله تعالى وإن أسأتم فلها لأن اللام في قوله هاتيك متعلق بقدر كما لا يخفى فيجوز أن يقدر ما يصلح أن تكون كلمة على صلة فلا ضير في أن يحمل اللام هناك على معنى على تأمل توقف (قوله وتأويل هذه المسئلة إذا كان الصلح عن دم العمد أو كان الصلح عن بعض ما يدعيه من الدين الخ) قال صاحب النهاية وهذا الذى ذكره من التأويل لا يمكن لتأويل المسئلة فإن فيه قيداً آخر وهو أنه إذا كان الصلح على الإنكار فلا يجب بدل الصلح على الوكيل من شئ وإن كان الصلح في المعاوضات لأنه ذكر في المبسوط في باب الصلح في العفار ولو ادعى رجل في دار رجل حقا فصلحه عنه آخر بأمره أو بغير أمره إلى أن قال ولا يجب المال على المصالح إلا أن يضمه الذى صالحه لأن الصلح على الإنكار معاوضة بأسقاط الحق فيكون بمنزلة الطلاق يجعل والعفو عن القصاص بعمال وذلك جائز مع الاجنبى كما يجوز مع الخصم انتهى واقفى أثر كثير من الشراح في أن ما ذكره المصنف لا يمكن لتأويل المسئلة بل لا بد فيه من قيد آخر وهو أن لا يكون الصلح في المعاوضات على الإنكار (أقول) يمكن أن يقال يستغنى عنه بما ذكره المصنف فإن قوله أما إذا كان الصلح عن مال بعمال فهو بمنزلة البيع فترجع الحقوق إلى الوكيل من تمة تأويله ومقصود منه تعميم جواب المسئلة لكل مالم يكن الصلح عن مال بعمال بطريق المفهوم كانه قال وفيما سوى ذلك لا ترجع الحقوق إلى الوكيل بل تلزم الموكل كما ذكر في جواب المسئلة وفائدة التنبيه على أن ما ذكره في ابتداء التأويل من الصلح عن دم العمد والصلح على بعض ما يدعيه من الدين إنما هو بطريق التمهيد لا بطريق تخصيص جواب المسئلة بذلك فإن تخصيصه بذلك ليس بصحيح بل بانه قطعاً في غير ذلك كالصلح عن جنابة العمد فيما دون النفس والصلح عن كل عقد يكون الوكيل فيه سفيهاً محضاً كالنسكاح والخلع وغيرهما وإذا قد تقرر هذا فقد فهم دخول الصلح على الإنكار في جواب هاتيك المسئلة وإن كان الصلح في المعاوضات إذ قد تحقق فيما مر أن الصلح على الإنكار في حق المدعى عليه إنما هو لاقتداء بهين وقطع الخصومة وإنما هو معاوضة في حق المدعى وأنه يجوز أن يختلف حكم العقد في حقه ما قل يمكن الصلح على الإنكار في حق المدعى عليه وإن كان الصلح في المعاوضات صلحا عن مال بعمال وقد أشار إليه في المبسوط بقوله لأن الصلح على الإنكار معاوضة بأسقاط الحق فيكون بمنزلة الطلاق يجعل والعفو عن القصاص بعمال ولا يخفى

الوكيل لا يلزمه ما صالح عليه مطلقاً إلا إذا ضمنه فإنه يجب عليه من حيث الضمان لا الوكالة قال المصنف (وتأويل هذه المسئلة إذا كان الصلح عن دم العمد أو كان الصلح عن بعض ما يدعيه من الدين لأنه أسقط محض فكان الوكيل فيه سفيها ومعبرا فلا ضمان عليه إلا أن يضمه لأنه حينئذ هو مؤاخذ بعقد الضمان لا بعقد الصلح أما إذا كان الصلح عن مال بعمال فهو بمنزلة البيع فترجع الحقوق إلى الوكيل فيكون المطالب بالمال هو الوكيل دون الموكل) وذكر في شرح الطحاوى والشفعة على إطلاقه. وأب المختصر وقال صاحب النهاية ما معناه أنه لا بد لتأويل المسئلة من قيد آخر وهو أن يكون المصالح في المعاوضات على الإنكار فإن كان لا يجب على الوكيل شئ وإن كان فيها لأن الصلح على الإنكار معاوضة بأسقاط الحق فيكون بمنزلة الطلاق يجعل وذلك جائز مع الاجنبى جوازه مع الخصم

(قوله وهو أن يكون المصالح في المعاوضات) أقول الظاهر أن يقال الصلح في المعاوضات (قوله وإن كان فيها) أقول الضمير في قوله فيها يرجع إلى المعاوضات

قال (وان صالح عنه رجل بغير أمره الم) وان صالح عنه رجل بغير أمره فهو على أربعة أوجه ووجه ذلك ان الفضولي عند الصلح على مال اما أن قرن بذ كمال ضمان نفسه أولا فلاول هو الوجه الاول والثاني اما أن أضاف المال الى نفسه أولا فلاول هو الوجه الثاني والثاني اما أن يسلم المال المذكور أولا فلاول هو الوجه الثالث والثاني هو الرابع ولكن برودجهان آخران وهو ان يكون المال المذكور خالبا عن الاضافة امام مرفأ أو منكر او كل منهما اما أن قرن به التسليم أولا يقرن وقد ذكر وجهها حكم المنكر وبقي وجهها حكم المرفأ ولكن عرف وجه حكم المرفأ المسلم بذ كالتسليم في المنكر فبقي حكم المرفأ غير المسلم وهو الذي ذكره بقوله قال العبد الضعيف ووجه آخر أما وجه الوجه الاول فانه اذا صالح وضمن تم الصلح لان الحاصل للمدعي عليه ليس الا البراءة لانه يصح بطريق الاسقاط وفي حق البراءة الاجنبي والخصم سواء لان الساقط تلاشي ومثله لا يختص بأحد فصلى أن يكون أصيلا في هذا الضمان اذا أضافه الى نفسه كالفضولي بالتخلع من جانب المرأة اذا ضمن المال ويكون متبرعا على المدعي عليه لا يرجع عليه بشئ كما لو تبرع بقضاء الدين بخلاف ما اذا كان بأمره فانه يرجع ولا يكون (٤٠) لهذا المصالح شئ من المدعي أي لا يصير الدين للمدعي به ملكا للمصالح وان كان المدعي عليه مقرا وانما يكون ذلك الذي في يده يعني في ذمته لان تصحيحه بطريق الاسقاط كما مر لا بطريق المبادلة فاذا سقط لم يبق شئ فأى شئ يثبت له بعد ذلك ولا فرق في هذا أي في أن المصالح لا يملك الدين المدعي به بين ما اذا كان الخصم مقرا أو منكرا أما اذا كان منكرا فظاهر لان في زعمه ان لا شئ عليه وزعم المدعي لا يتعدى اليه وأما اذا كان مقرا فالصلح كان ينبغي ان يصير المصالح مشتركا ما في ذمته بما أدى الا ان شراء الدين من غير من عليه الدين عليك من غير من عليه الدين وهو لا يجوز وهذا بخلاف ما اذا كان

المدعي به عينا والمدعي عليه مقرا فان المصالح يصير مشتركا بالنفسه اذا كان بغير أمره لان شراء الشئ من مال من صحيح (قوله) وان كان في يد غيره ووجه الوجوه الباقية المذكور في المتن وهو ظاهر خلا ان قوله فانه قد موقوف اختيار بعض المشايخ وقال بعضهم هو بمنزلة قوله صالحني على التي يتخذ على المصالح والتوقف فيما اذا قال صالح فلانا على ألف درهم من دعوى علي فلان فانه فيه يقف عن اجازة المدعي عليه فان أجاز جاز وان رد بطل به هذا وجه آخر غير ما ذكر في الكتاب ذكره في الذخيرة وباقى كلامه ناهرا لا يحتاج الى شرح والله أعلم

قال (وان صالح عنه رجل بغير أمره فهو على أربعة أوجه ان صالح بمال وضعه تم الصلح) لان الحاصل للمدعي عليه ليس الا البراءة وفي حقها هو والاجنبي سواء فصل أصيلا فيه اذا ضمنه كالفضولي بالتخلع اذا ضمن البذل ويكون متبرعا على المدعي عليه كما لو تبرع بقضاء الدين بخلاف ما اذا كان بأمره ولا يكون لهذا المصالح شئ من المدعي وانما ذلك الذي في يده لان تصحيحه بطريق الاسقاط ولا فرق في هذا بين ما اذا كان مقرا أو منكرا (وكذلك ان قال صالحك على ألفي هذه أو على عيدي هذا صم الصلح ولزومه تسليمها) لانه لما أضافه الى مال نفسه فقد التزم تسليمه فصم الصلح (وكذلك لو قال على ألف وسلمها) لان التسليم اليه بوجوب سلامة العرض له فيتم العقد لحصول مقصوده (ولو قال صالحك على ألف فالعقد موقوف فان أجاز له المدعي عليه جاز ولزومه الا ان لم يجز بطل) لان الاصل في العقد انما هو المدعي عليه لان دفع الخصومة حاصل له الا ان الفضولي يصير أصيلا بواسطة اضافة الضمان الى نفسه فاذا لم يرضه بقي عاقدان جهة المطالب فيتوقف على اجازته قال العبد الضعيف عصمه الله ووجه آخر وهو ان يقول صالحك على هذه الألف أو على هذا العبد ولم ينسبه الى نفسه لانه لما عينه للتسليم صار شارطا سلامته له فيتم بقوله ولو استحق العبد أو وجد به عيبا فرده فلا يسبيل له على المصالح لانه التزم الايفاء من محل بعينه ولم يلتزم شيئا سواه فان سلم المحل له تم الصلح وان لم يسلم له لم يرجع عليه بشئ بخلاف ما اذا صالح على دراهم مبيعة وضمن اودفعها ثم استحققت أو وجد هازي فاحتج بجمع عليه لانه جعل نفسه أصيلا في حق الضمان وله ان يجبر على التسليم فاذا لم يسلم له ما سلمه يرجع عليه ببذله والله أعلم بالصواب

باب الصلح في الدين

أن ما نحن فيه هو الو كاله من قبل المدعي عليه فتم المطلوب بدون الاحتياج الى التصريح بقيد آخر تفكر

باب الصلح في الدين

المدعي به عينا والمدعي عليه مقرا فان المصالح يصير مشتركا بالنفسه اذا كان بغير أمره لان شراء الشئ من مال من صحيح (قوله) وان كان في يد غيره ووجه الوجوه الباقية المذكور في المتن وهو ظاهر خلا ان قوله فانه قد موقوف اختيار بعض المشايخ وقال بعضهم هو بمنزلة قوله صالحني على التي يتخذ على المصالح والتوقف فيما اذا قال صالح فلانا على ألف درهم من دعوى علي فلان فانه فيه يقف عن اجازة المدعي عليه فان أجاز جاز وان رد بطل به هذا وجه آخر غير ما ذكر في الكتاب ذكره في الذخيرة وباقى كلامه ناهرا لا يحتاج الى شرح والله أعلم

باب الصلح في الدين

اما ذكر حكم الصلح عن عموم الدعاوى ذكر في هذا الباب حكم الخاص وهو دعوى الدين لان الخصوص أبدا يكون بعد العموم (قوله فصل أن يكون أصيلا في هذا الضمان) أقول فيه شئ والظاهر أن يقول في هذا الصلح (قوله صالح فلانا على ألف درهم من دعوى علي فلان) أقول يعني فلانا الاول ولو قال من دعوى علي لكان أن بعد عن التشويش

باب الصلح في الدين

(وكل شيء وقع عليه الصلح وهو مستحق بعقد المداينة لم يحمل على المعاوضة وانما يحمل على انه استوفى بعض حقه وأسقط باقيه يكن له على آخر ألف درهم فله الحصة على خمسمائة ولكن له على آخر ألف جيات فصالحه على خمسمائة ز يوف جازوكا أنه أبرأه عن بعض حقه) وهذا لان تصرف العاقل يتصرى تحصيله ما أمكن ولا وجه لتخصيصه معاوضة لافضائه الى الربا فجعل اسقاطا للبعض في المسئلة الاولى ولللبعض والصفة في الثانية (ولو صالح على ألف مؤجلة جاز وكا أنه أجل نفس الحق) لانه لا يمكن جعله معاوضة لان بيع الدراهم بعلمها انسيئة لا يجوز.

(قوله وكل شيء وقع عليه الصلح وهو مستحق بعقد المداينة لم يحمل على المعاوضة وانما يحمل على انه استوفى بعض حقه وأسقط باقيه) أقول فيه كلام وهو ان كلية ذلك بالنظر الى قوله لم يحمل على المعاوضة مسئلة وأما بالنظر الى قوله وانما يحمل على انه استوفى بعض حقه وأسقط باقيه فممنوعة لان ما وقع عليه الصلح وهو مستحق بعقد المداينة اذا كان على مثل حقه قدره ووصفا كما اذا كان عليه ألف درهم جيات فصالح عن ذلك على ألف درهم جيات يحمل على استيفاء عين حقه صرح به في كثير من المعبرات كالبدائع والشفعة وغيرهما وليس فيه اسقاط شيء وعن هذا قال في الوقاية وحمله على بعض من جنس ما عليه أخذ لبعض حقه وحط لباقيته لا معاوضة انتهى ويمكن أن يعتذر عنافي الكتاب بأنه خارج مخرج العادة فان المعتاد أن يكون الصلح على أقل من المدعى لا على مثله بناء على عدم القائفة في عقد الصلح على مثل المدعى قال صاحب النهاية وههنا ينبغي أن يراعى في لفظ الرواية قيد آخر وهو أن يقال وكل شيء وقع عليه الصلح وهو مستحق بعقد المداينة ولا يمكن حله على بيع الصرف لم يحمل على المعاوضة وانما قلنا ذلك لانه اذا أمكن حله على بيع الصرف يحمل على بيع الصرف وهو معاوضة وان كان هو من جنس ما هو مستحق بعقد المداينة فبه ذلك ينظر ان كان مؤجلا بطل الصلح والا فلا الا ترى انه لو كان عليه ألف درهم سود حله على ألف درهم خفية الى أجل لا يجوز والخفية اسم لما هو أجود من السود ولكن كل منهما من جنس الدراهم وانما لم يجز في هذه الصورة لان هذه مصارفة الى أجل والصرف الى أجل باطل انتهى كلامه (أقول) فيه بحث لان قوله في رواية الكتاب وهو مستحق بعقد المداينة يخرج ما يمكن حله على بيع الصرف فان ما يمكن حله على بيع الصرف عند أهل الشرع ما وقع عليه الصلح ليس مما هو مستحق بعقد المداينة وما هو مستحق بعقد المداينة ليس مما يمكن حله على بيع الصرف عندهم يشهد بذلك كاله امثلة المذكورة في المسائل وأدلتها المفصلة فيه وأما المثال الذي ذكره بقوله الا ترى انه لو كان عليه ألف درهم سود حله فصالحه على ألف درهم خفية الى أجل لا يجوز فممنوع عنهما ففيه مما هو مستحق بعقد المداينة ولا يمكن حله على بيع الصرف أما الاول فلان الخفية أجود من السود ففيها زيادة وصف وهي غير مستحقة بعقد المداينة بالود وانما المستحق به السود لا غير وأما الثاني فلان الاجل يمنع عن الحل على بيع الصرف كما اعترف به نفسه حيث قال وانما لم يجز في هذه الصورة لان هذه مصارفة الى أجل والصرف الى أجل باطل (قوله وهذا لان تصرف العاقل يتصرى تحصيله ما أمكن ولا وجه لتخصيصه معاوضة لافضائه الى الربا) أقول لقائل أن يقول انما يقضى الى الربا لجعل المصالح عليه وهو خمسمائة عوضا عن مجموع الالف المدعى وأما اذا جعل عوضا عما يابو به من بعض المدعى وهو الخمسمائة بناء أن الديون تقضى بأمنها لا بأعيانها فلا افضاء الى الربا بقا بالهم حلوا الصلح في مثل ذلك على انه استوفى بعض حقه وأسقط باقيه ولم يحلوا على انه صارف بعض حقه وأسقط باقيه حتى لم يشترطوا القبض

قال (وكل شيء وقع عليه الصلح) بدل الصلح اذا كان من جنس ما يستحقه المدعى على المدعى عليه (بعقد المداينة لم يحمل) الصلح (على المعاوضة بل على استيفاء بعض الحق واسقاط الباقي) وقيد بعقد المداينة وان كان حكم الغصب كذلك حلا لامر المسلم على الصلح (يكن له على آخر ألف درهم) جيات حالة من ضمن متاع باعه (فصالحه على خمسمائة) ولكن له على آخر ألف درهم جيات فصالحه على خمسمائة ز يوف فانه يجوز لان تصرف العاقل يتصرى تحصيله ما أمكن ولا وجه لتخصيصه معاوضة لافضائه الى الربا فجعل اسقاطا للبعض في المسئلة الاولى ولللبعض والصفة في الثانية ولو صالح عنها على ألف مؤجلة صح) ويحمل على التأخير الذي فيه معنى الاسقاط لان في جعله معاوضة ببيع الدراهم بعلمها انسيئة وهو ربا فان لم يمكن حله على اسقاط الباقي كما اذا صالح عنها على دنائير مؤجلة بطل الصلح لان الدنانير غير مستحقة بعقد المداينة

فيحصل على التأخير فتعين جعله معاوضة اذ التصرف في العيون في مسائل الصلح لا يخرج عن أحد هذين الوجهين وفي ذلك بيع الدراهم بالدنانير نسبة فلا يجوز (وكذا اذا كان له ألف مؤجلة فصالحه على خمسمائة حالة) فإنه لا يمكن جملة على الاسقاط (لان المجل) لم يكن مستحقا بالعقد حتى يكون استيفاءه واستيفاء بعض حقه وهو (خبر من النسبة) لا محالة فيكون خمسمائة في مقابلة خمسمائة مثله من الدين (و) صفة (التجمل في مقابلة الباقي وذلك اعتياض عن الاجل وهو حرام) روى أن رجلا سأل ابن عمر رضي الله عنهما فنهاه عن ذلك ثم سأله فقال ان هذا يريد أن أطعمه الربا وهذا الان حرمة بالانسان ليست الانسبة مبادلة المال بالاجل حقيقة ذلك أولى بذلك (ولو كان له ألف سود فصالحه على خمسمائة بيض لم يجوز ولو كانت بالعكس جاز) والاصل أن المستوفى اذا كان أدون من حقه فهو اسقاط كما في العكس وإن كان (٤٣) أزيد قدرا أو وصفا فهو معاوضة (لان الزيادة غير مستحقة له) فلا يمكن جعله استيفاء

(فيكون معاوضة الالف بخمسمائة وزيادة وصف وهو ربا) فإنه لا اذا كان حقه ألف درهم نهرجة فصالحه على ألف درهم بخمسة نفديت المال فهو أجود من النهرجة وجاز الصلح وزيادة موجودة أجاب بقوله (ويخلاف ما اذا صالح على قدر الدين وهو أجود لانه معاوضة المثل بالمثل ولا يعتبر بالصفة الا انه يعتبر القيس في المجلس) وحاصله أن الحوذة اذا وقعت في مقابلة مال كان ربا كالسنة الاولى فانهم اقربت بخمسمائة من السود وهو ربا وما اذا لم يقع فذلك صرف والجيد والردى فيه سواء عايد ابيد (ولو كان عليه ألف درهم ومائة دينار فصالحه على مائة درهم حالة أو مؤجلة صح لانه أمكن جعله اسقاطا

فحملناه على التأخير (ولو صالحه على دفاتير الى شهر لم يجوز) لان الدنانير غير مستحقة بعد قد المداينة فلا يمكن جملة على التأخير ولا وجه له سوى المعاوضة وبيع الدراهم بالدنانير نسبة لا يجوز فلم يصح الصلح (ولو كانت له ألف مؤجلة فصالحه على خمسمائة حالة لم يجوز) لان المجل خير من المؤجل وهو غير مستحق بالعقد فيكون بازاء ما حطه عنه وذلك اعتياض عن الاجل وهو حرام (وان كان له ألف سود فصالحه على خمسمائة بيض لم يجوز) لان البيض غير مستحقة بعد قد المداينة وهي زائدة وصفا فيكون معاوضة الالف بخمسمائة وزيادة وصف وهو ربا بخلاف ما اذا صالح عن الالف البيض على خمسمائة سود حيث يجوز لانه اسقاط كله قدرا ووصفا ويخلاف ما اذا صالح على قدر الدين وهو أجود لانه معاوضة المثل بالمثل ولا يعتبر بالصفة الا انه يشترط القبض في المجلس ولو كان عليه ألف درهم ومائة دينار فصالحه على مائة درهم حالة أو الى شهر صح الصلح لانه أمكن أن يجعل اسقاطا للدنانير كلها والدراهم الائمة وتأجلا للباقي فلا يجعل معاوضة تصحها العقد ولان معنى الاسقاط فيه الزم قال (ومن له على آخر ألف درهم فقال أدالي غدا منها خمسمائة على أنك ترى من الفضل ففعل فهو يرى فان لم يدفع اليه الخمسمائة غدا عاد عليه الالف وهو قول أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف لا يعود عليه) لانه ابراء مطلق

في المجلس وجوزوا التأجيل فتأمل في الجواب (قوله ومن له على آخر ألف درهم فقال أدالي غدا منها خمسمائة على أنك ترى من الفضل ففعل فهو يرى) قال صاحب العناية قيل معناه فقبل فهو يرى في الحال ويجوز أن يكون معناه فأدى اليه ذلك غدا فهو يرى من الباقي انتهى (أقول) لا يذهب على الفطن ان قوله فان لم يدفع اليه الخمسمائة غدا عاد اليه الالف بأبي المعنى الثاني ويناسب المعنى الاول لان عود الالف اليه يقتضي تحقق البراءة عنه أولا لكن يمكن توجيهه على المعنى الثاني أيضا بأنه لا شك ان البراءة الموقوفة على أداء الخمسمائة اليه غدا متحققة أولا وان لم تحقق البراءة المقطوعة الا بأداء ذلك اليه غدا ففيما اذا لم يدفع ذلك اليه غدا يصح أن يقال عاد اليه الالف فطر الى تحقق البراءة الموقوفة من قبل فان نصف الالف قد خرج ملكه من وجوه وقوا على أداء نصفه الاخر اليه غدا فاذ لم يؤد اليه ذلك غدا عاد اليه الالف كما كان وأما جعل العود مجازا عن البقاء كما كان كما فعله بعض الفضلاء فمما لا نقبله

للدنانير كلها والدراهم الائمة ان كانت حالة واسقاطا لذلك (وتأجلا للباقي) ان كانت مؤجلة (تصح بالعقد الفطرة أولان معنى الاسقاط فيه الزم) لان معنى الصلح على الخطية والخط ههنا أكثر فيكون الاسقاط الزم من معنى المعاوضة قال (ومن له على آخر ألف درهم الخ) ومن له على آخر ألف درهم حالة فقال أدالي غدا منها خمسمائة على أنك ترى من الفضل ففعل فهو يرى قيل معناه فقبل فهو يرى في الحال ويجوز أن يكون معناه فأدى اليه ذلك غدا فهو يرى من الباقي فان لم يدفع اليه غدا عاد الالف كما كان في قول أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف لا يعود عليه لانه ابراء مطلق اذ ليس فيه ما يقيد

(قوله فيحصل على التأخير) أقول بالنصب (قوله كما في العكس) أقول ناظر الى قوله ولو كانت بالعكس (قوله ففعل فهو يرى) قيل معناه فقبل الخ) أقول فالقول مجاز عن التزامه في الدين (قوله ويجوز أن يكون معناه الى قوله عاد الالف) أقول فيكون العود مجازا عن البقاء كما كان الا ان مقتضى كلمة عاد هو المعنى الاول ويدل عليه ما سبقت ذكره في الفرق بين التعليق والتقييد بخمسة بتشديد الخاء والياء نسبة الى بنو أمية ضربها وانظر اللسان كتبه مصححه

ألا ترى أنه جعل أداء خمسمائة عوضا حيث ذكره بكلمة المعاوضة وهي على والاداء لا يصلح عوضا لأن حد المعاوضة أن يستفيد كل واحد ما لم يكن قبلها والاداء مستحق عليه لم يستفد به شيء لم يكن جري وجوده أي وجود جعل الاداء عوضا مجرى عدمه فبقي الابرار مطلقا وهو لا يعود كما إذا بدأ بالابراء بأن قال أبرأتك عن خمسمائة من الالف على أن تؤدي غدا خمسمائة ولهما أن هذا ابراء مقيد بالشرط والمقيد بشرط يفوت بقواته أي عند فواته فان انتفاء الشرط ليس علة لانتفاء المشروط (٤٣) عندنا لكنه عندنا تنفائه فان

لبقائه على العدم الاصل
وموضعه اصول الفقه
وانما قلناه مقيد بالشرط
لانه بدأ بأداء خمسمائة في
الغد وانه يصلح غرضا
حذار افلاسه أو نوسلا
الى تجارة أربع فصلح أن
يكون شرطاً من حيث المعنى
وكلمة على وان كانت للمعاوضة
لكن تختمل معنى الشرط
لوجود معنى المقابلة فيه
فان فيه مقابلة الشرط
بالجزاء كما كان بين العوضين
وقد تعذر العمل بمعنى
المعاوضة فتختمل على
الشرط تصحها لتصرفه
وكأنه منه ما قول بموجب
العلة أي سلطاناً لا يصح
أن يكون مقيداً بالعوض
لكن لا ينافي أن يكون
مقيداً بوجه آخر وهو الشرط
(قوله وألانه متعارف)
معطوف على قوله لوجود
المقابلة يعني أن جعل كلمة
على على الشرط لا أحد
معنيين اما لوجود المقابلة
واما لأن مثل هذا الشرط
في الصلح متعارف بأن
يكون يجعل البعض مقيداً
لأبراء الباقي والمعروف عرفاً
كالمشروط شرطاً فصار كالو
قال ان لم تنفذ غدا فلا يصلح بيننا

ألا ترى أنه جعل أداء الخمسمائة عوضاً حيث ذكره بكلمة على وهي للمعاوضة والاداء لا يصلح عوضاً لكونه مستحقاً عليه جري وجوده مجرى عدمه فبقي الابرار مطلقاً فلا يعود كما إذا بدأ بالابراء ولهما أن هذا ابراء مقيد بالشرط يفوت بقواته لانه بدأ بأداء الخمسمائة في الغد وانه يصلح غرضاً حذار افلاسه أو نوسلا الى تجارة أربع منه وكلمة على ان كانت للمعاوضة فهي محتملة للشرط لوجود معنى المقابلة فيه فيجعل عليه عند تعذر الحمل على المعاوضة تصحها لتصرفه وألانه متعارف

الفطرة السليمة (قوله ألا ترى أنه جعل أداء الخمسمائة عوضاً حيث ذكره بكلمة على وهي للمعاوضة) قلت الباء في بكلمة على في قوله حيث ذكره بكلمة على للمقابلة كما في قولنا تبعت هذا من هذا المعنى حيث ذكر أداء الخمسمائة بمقابلة كلمة على التي للمعاوضة فلا حاجة الى ما تمحل به بعض الفضلاء في توجيه قوله حيث ذكره بكلمة على حيث قال أي في المعنى والافني اللفظ دخل كلمة على في الابرار دون الاداء انتهى فكأنه جعل الباء على الالتصاق فأخذ منه الدخول في الاداء فاحتاج الى التكلف وفيما ذكرناه مندوحة عن ذلك (قوله والاداء لا يصلح عوضاً لكونه مستحقاً عليه) قال صاحب العناية في شرحه والاداء لا يصلح عوضاً لأن حد المعاوضة أن يستفيد كل واحد ما لم يكن قبلها والاداء مستحق عليه لم يستفد به شيء لم يكن انتهى ورد عليه بعض الفضلاء قوله والاداء مستحق عليه لم يستفد به شيء لم يكن حيث قال فيه شيء بل يستفاد به البراءة (أقول) ليس هذا بشيء لأن مراد صاحب العناية أنه لم يستفد بالاداء شيء في جانب الدائن والبراءة انما تستفاد في جانب المدين وحده المعاوضة أن يستفيد كل واحد ما لم يكن قبلها فاذا لم يستفد في جانب الدائن شيء لم يتحقق حد المعاوضة فتم المطلوب (قوله وألانه متعارف) قال صاحب العناية قوله وألانه متعارف معطوف على قوله لوجود المقابلة يعني ان جعل كلمة على على الشرط لا أحد معنيين اما لوجود المقابلة وامالان مثل هذا الشرط في الصلح متعارف (أقول) فيه نظر لان المعنى الثاني لا يكون علة لجعل كلمة على على الشرط لانها كانت موضوعة للمعاوضة لم يصح جعلها على غيرها ما لم يوجد بينهما علاقة المجاز ولا يفتي أن كون مثل هذا الشرط في الصلح متعارفاً لا يجدي مناسبة بين ما وضعت له كلمة على وبين هذا الشرط حتى تصلح علاقة للمجاز بخلاف المعنى الاول فان اشتراك المعاوضة والشرط في معنى المقابلة مناسبة صحيحة للتجاوز ثم يكون المعنى الثاني علة مرجحة للتجاوز بعد أن ثبتت العلة الصحيحة له لكن الكلام في كونه علة مستقلة لجعلها على المجاز وذلك لا يتصور الا بكونه علة صحيحة للتجاوز كالاول وليس فليس ثم أقول الاقرب أن يكون قوله وألانه متعارف معطوفاً على الاقرب وهو قوله تصحها لتصرفه وان كان الظاهر من كلام كثير من الشراح أن يكون معطوفاً على ما ذكره صاحب العناية فعنى كلام المصنف فتعمل كلمة على على الشرط عند تعذر جعلها على المعاوضة لتصح تصرف العاقل أو لان مثل هذا الشرط في الصلح متعارف فيكون قوله لوجود معنى المقابلة بياناً للعلاقة الصحيحة للتجاوز ويكون قوله تصحها لتصرفه وقوله وألانه متعارف بياناً للعلة

(قوله حيث ذكره بكلمة المعاوضة وهي على) أقول أي في المعنى والافني اللفظ دخل كلمة على في الابرار دون الاداء (قوله والاداء مستحق عليه لم يستفد به شيء) أقول فيه شيء بل يستفاد به البراءة والظاهر لم يستفد بشيء ثم قوله والاداء مستحق عليه معناه في كل وقت (قوله جري وجوده أي وجود جعل الاداء الخ) أقول الاولى أن يقال المراد بوجوده لفظاً (قوله يعني ان جعل كلمة على الى قوله متعارف) أقول تأمل هل يمكن ملاحظة المعنى الثاني بدون الاول والاقر ب أن يجعل عطفاً على قوله تصحها لتصرفه

(قوله والابراء بما يتقيد بالشرط وان كان لا يحتمل التعليق به) جواب عما يقال تعليق الابراء بالشرط مثل أن يقول لغريم أو كفيل اذا أدبت أو متني أدبت أو أن أدبت الى خمسة فانت ترى من الباقي باطل بالاتفاق والتقييد بالشرط هو التعليق به فكيف كان جائزا ووجهه انه مامتنع ان لفظا ومعنى أفعالها فهو ان التقييد بالشرط لا يستعمل فيه لفظ الشرط صريحا والتعليق به يستعمل فيه ذلك وأما معنى فلان في التقييد به الحكم ثابت في الحال على عريضة ان يزول ان لم يوجد الشرط وفي التعليق به الحكم غير ثابت في الحال وهو بمرضية ان ثبت عند وجود الشرط والفقهاء في ذلك ان في الابراء معنى الاسقاط والتعليق أما الاول فلانه لا يتوقف صحته على القبول كما في الطلاق والعنف والعفو عن (٤٤) القصاص وأما الثاني فلانه يرتد بالرد كما في سائر التلبيكات وتعليق الاسقاط المحض

جائز كتعليق الطلاق والعنف بالشرط وتعليق التلبيك به لا يجوز كالبيع والهبة لما فيه من شبهة القمار المحرام والابراء شبهة جهاف فوجب العمل بالشبهين بقدر الامكان فقلنا لا يحتمل التعليق بالشرط عملا بشبه التلبيك وذلك اذا كان بحسب الشرط ويحتمل التقييد به عملا بشبه الاسقاط وذلك ان لم يكن ثم حرف شرط وليس فيما نحن فيه حرف شرط فكان مقيدا بشرط والمقيد به يفوت عند فواته كما (قوله كما في الحوالة) متعلق بقوله يفوت بفواته يعني أنه لما كان مقيدا بشرط يفوت بفواته كان كالحوالة فلان برائة المحيل مقيدة بشرط السلامة حتى لو مات المحال عليه مفسلا عاد الدين الى ذمة المحيل وقوله (وستخرج البسادة بالابراء) وعد بالجواب عما قال أبو يوسف

والابراء بما يتقيد بالشرط وان كان لا يتعلق به كافي الحوالة وستخرج البسادة بالابراء ان شاء الله تعالى قال العبد الضعيف وهذا المسئلة على وجوه أحدها ما ذكرناه والثاني اذا قال صاحبك من الالف على خمسة تدفعها الى غدا وأنت ترى من الفضل على انك ان لم تدفعها الى غدا فالالف عليك على حاله وجوابه أن الامر على ما قال لانه أقي بصريح التقييد فيعمل به والثالث اذا قال أبرأتك من خمسة المراجعة للعمل على الجواز وجهين فينتظم اللفظ والمعنى (قوله والابراء بما يتقيد بالشرط وان كان لا يتعلق به كافي الحوالة) قال صاحب العناية قوله كافي الحوالة متعلق بقوله يفوت بفواته يعني أنه لما كان مقيدا بشرط يفوت بفواته كان كالحوالة فان برائة المحيل مقيدة بشرط السلامة حتى لو مات المحال عليه مفسلا عاد الدين الى ذمة المحيل انتهى (أقول) لا يخفى على ذي مسكة ان جعل قوله كافي الحوالة متعلقا بقوله يفوت بفواته مع تحقق الجمل الكثيرة الفاصلة بينهما بعيد عن سنن الصواب عند المجالس الواضحة لجعله متعلقا بما يتصل به وهو قوله والابراء بما يتقيد بالشرط وان كان لا يتعلق به وعن هذا قال صاحب النهاية في شرح قوله كافي الحوالة يعني ان البراءة بما يتقيد كالحوالة لان الحوالة على نوعين مطلقة ومقيدة وقال صاحب الكافي في تقرير هذا المقام والابراء بما يتقيد بالشرط وان لم يتعلق به كالحوالة فانها مقيدة بشرط السلامة حتى لو مات المحال عليه مفسلا يعود الدين الى ذمة المحيل انتهى وعلى هذا المنوال شرح جمهور الشراح هذا المقام ولم أر أحدا ذهب الى كون قوله كافي الحوالة متعلقا بقوله يفوت بفواته سوى صاحب العناية والعجب منه ان ما صوره من المعنى لا يساعد ما ذهب اليه بل يتناسب خلاف ذلك فانه قال يعني انه لما كان مقيدا بشرط يفوت بفواته كان كالحوالة فان برائة المحيل مقيدة بشرط السلامة ولا يخفى على الفطن ان قوله لما كان مقيدا بشرط كان كالحوالة وقوله فان برائة المحيل مقيدة بشرط السلامة اعني ان يثبت كون قوله كافي الحوالة متعلقا بقوله والابراء بما يتقيد بالشرط وانما المساعد ما ذهب اليه أن يقال يعني أن الابراء لما كان فائتا بفوات الشرط كان كالحوالة فانها تفوت بفوات شرط السلامة على أن فوات الشيء بفوات الشرط فرع لصحة تقييد ذلك الشيء بالشرط وليس بأصل مستقل في الكلام فكيف يحسن تعليق قوله كافي الحوالة بالبدون أصله تبصر ترشد (قوله قال العبد الضعيف وهذه المسئلة على وجوه) قال صاحب النهاية أي وجوه خمسة فوجه الحصر فيها هو أن رب الدين في تعليق الابراء بأداء بعض الدين لا يخلو اما أن يبدأ بالأداء أولا فان بدأ به فلا يخلو اما أن يذكر معه بقاء الباقي على المدينين صريحا عند عدم الوفاء بالشرط أولا فان لم يذكره فهو الوجه الاول وان ذكره فالوجه الثاني وان لم يبدأ بالأداء فلا يخلو اما أن يبدأ بالابراء أولا فان بدأ بالوجه الثالث وان لم يبدأ بالابراء فلا يخلو

كما اذا بدأ بالابراء واذا تأملت ما ذكرنا في هذا الوجه ظهر لك وجه الوجوه الباقية قال صاحب النهاية في حصر الوجوه اما على خمسة أن رب الدين في تعليق الابراء بأداء البعض لا يخلو اما أن يبدأ بالأداء أولا فان بدأ به فلا يخلو اما أن يذكر معه بقاء الباقي على المدينين صريحا عند عدم الوفاء بالشرط أولا فان لم يذكره فهو الوجه الاول وان ذكره فالوجه الثاني وان لم يبدأ بالأداء فلا يخلو اما أن يبدأ بالابراء أولا فان بدأ بالوجه الثالث وان لم يبدأ بالابراء فلا يخلو

(قوله وان ذكره فهو الوجه الثاني) أقول فان قيل لم يبدأ في الوجه الثاني بالاداء بل بالمصالحة فلا معنى لجعله قسما مما بدئ فيه بالاداء قلنا ذلك مبني على اتحاد مع ما بدئ فيه بالاداء حكما فليست

اما ان يدأ بحرف الشرط أولا فان لم يبدأ أقالوجه الرابع وان بدأ فهو الخامس اما الوجه الاول فقد ذكرناه والوجه الثاني ظهر عما تقدم
والثالث وهو الموعد باستخراج الجواب مبني على أن الثابت أولا لا يزال بالثابت (٤٥) فاذا قدم الابرأ حصل مطلقا

ثم بدأ كرماعده وقع الشك
لانه ان كان عوضا فيه - و
باطل لما تقدم فلم يزل به
الاطلاق وان كان شرطا
بقيدته وزال الاطلاق فاذا
وقع الشك يبطل به الثابت
أولا وفي عكسها عكس ذلك
والرابع وجهه انه اذا لم
يؤقت الاداء وقتنا ظهر أن
أداء البعض لم يكن لغرض
لكونه واجبا في مطلق
الازمان فلا يصح ان يكون
في معنى الشرط ليحصل به
التقييد فلم يبق الاجتهاد
العوض وهو - وغ - يصلح
لذلك كما تقدم والخامس
تعليل وقد تقدم ان الابرأ
لا يجتمع له فلا يكون محصيا
(ومن قال لا آخر لا أقولك
بمالك على حتى تؤخره
عني أو تحط عني بعضه
ففعلة) أي آخر أو حط
(جاز عليه) أي نفذ هذا
التصرف على رب الدين فلا
يمكن من المطالبة في
الحال ان آخر أو بدأ ان حط
(لانه ليس بمكره) لتكملة
من اقامة البينة أو التحليف
لا يقال هو مضطرب لانه
ان لم يفعل لم يقر لان تصرف
المضطر كصرف غير مظان
من باع عينا بطعام يأكله
الجوع قد اضطر به كان
يبعه فاذا (ومعنى المسئلة

من الألف على أن تعطى الخمسمائة غدا والابرأ فيه واقع أعطى الخمسمائة أولم يعط لانه أطلق الابرأ
أولا وأداء الخمسمائة لا يصلح عوضا مطلقا ولكنه يصلح شرطا فوقع الشك في تقييده بالشرط فلا يتقيد
به بخلاف ما اذا بدأ بالاداء الخمسمائة لان الابرأ حصل مقر ونابه فمن حيث انه لا يصلح عوضا يقع مطلقا
ومن حيث انه يصلح شرطا يقع مطلقا فلا يثبت الاطلاق بالشك فافترقا والرابع اذا قال أدالي
خمسائة على أنك برى من الفضل ولم يؤقت للاداء وقتنا وجبوا به انه يصح الابرأ ولا يعود الدين لان
هذا الابرأ مطلق لانه لم يؤقت للاداء وقتنا لا يكون الاداء غرضا صححه الله واجب عليه في مطلق
الازمان فلم يتقيد بل يحمل على المعاوضة ولا يصلح عوضا بخلاف ما تقدم لان الاداء في الغد غرض
صحح والخامس اذا قال ان أدبت الى خمسائة أو قال اذا أدبت أو متى أدبت فاجلجواب فيه انه لا يصح
الابرأ لانه عاقبه بالشرط صريحاً وتعليل البرأت بالشرط باطل لما فيه من معنى التملك حتى يرتد
بالرد بخلاف ما تقدم لانه ما أتى بصريح الشرط فحمل على التقييد به قال (ومن قال لا آخر لا أقولك
بمالك حتى تؤخره عني أو تحط عني ففعلة جاز عليه) لانه ليس بمكره ومعنى المسئلة اذا قال ذلك سرا ما اذا
قال علانية يؤخره

اما ان بدأ بحرف الشرط أم لا فان لم يبدأ أقالوجه الرابع وان بدأ فهو الخامس انتهى كلامه وهكذا
ذكر وجوه الحصر في العناية أيضا تفلا عن صاحب النهاية (أقول) فيه اشكال أما أولا فلا نه جعل الوجه
الثاني قسما مما بدأ بالاداء مع انه لم يبدأ فيه بالاداء بل بدأ فيه بالمصالحة وأما ثانيا فلا نه جعل الوجه
الرابع قسما مما لم يبدأ بالاداء مع انه بدأ فيه بالاداء كما ترى ويمكن الجواب عن كل واحد منهما بنوع
عناية أما عن الاول فبان يقال ان البسدة في الوجه الثاني وان لم يكن بالاداء صورة الا انه كان به معنى
لان حاصل معناه أدالي غدا خمسائة من الألف وأنت برى من الفضل على انك ان لم تدفعها الى غدا
فالألف عليك على حاله فالمراد بان بدأ بالاداء ان بدأ به فيما يتم به وجه المسئلة ويمتاز عن سائر وجوهها
ولا يخفى أن الوجه الثاني يتم بما ذكرناه من حاصل المعنى ويمتاز به عن سائر الوجوه وأما المصالحة فانها
ذكرت فيه لمجرد التفصيل والايضاح وأما عن الثاني فبان يقال ليس المراد بالبسدة بالاداء في وجه
الحصر البسدة بالاداء المطلق بل المراد به البسدة بالاداء المؤقت ولا يخفى انه لم يبدأ في الوجه الرابع بالاداء
المؤقت بل انما بدأ فيه بالاداء المطلق فاستقام التقسيم وأجاب بعض الفضلاء عن الاشكال الاول بوجه
آخر حيث قال فان قيل لم يبدأ في الوجه الثاني بالاداء بل بالمصالحة فلا معنى في جعله قسما مما بدأ فيه
بالاداء قلنا ذلك مبني على اتحاد مع بدئ فيه بالاداء محكا فليتأمل انتهى (أقول) ليس هذا
الجواب بشئ لان اتحاد مع ما بدئ فيه بالاداء محكا لا يقتضي ولا يجوز جعله مما بدئ فيه بالاداء
الاتحاد في الحكم لا يستلزم الاتحاد في الذات ولا في الصفات كيف ولو جاز جعل الوجه الثاني مما بدئ فيه
بالاداء بناء على اتحاد مع ما بدئ فيه بالاداء وهو الوجه الاول لجاز جعله ل ما لم يذكر معه بقاء
الباقى على المسدود صريحاً عند عدم الوفاء بالشرط مما ذكر معه ذلك بناء على الاتحاد في الحكم أيضا فلم
يظهر وجه جعل الوجه الاول والوجه الثاني قسمين مستقلين (قوله بخلاف ما اذا بدأ بالاداء خمسائة
لان الابرأ حصل مقر ونابه فمن حيث انه لا يصلح عوضا يقع مطلقا ومن حيث انه يصلح شرطا لا يقع مطلقا
فلا يثبت الاطلاق بالشك فافترقا) أقول فيه بحث لان هذا وان أفاد الفرق بين الوجهين الا انه

اذا قال ذلك سرا ما اذا قال علانية يؤخذ المقر (بجميع المال) في الحال

(قوله فان لم يبدأ أقالوجه الرابع) أقول فيه بحث لان الوجه الرابع مما بدئ فيه بالاداء فكيف يجعل قسما مما لم يبدأ به لا يقال جعله
قسما منه بناء على انه لا يتغير الجواب اذا لم يبدأ به بل بدئ بالابرأ لان الوجه الثاني أيضا كذلك كما يظهر من جامع الترمذي والله أعلم

فصل في الدين المشترك أخر بيان حكم الدين المشترك عن الدين المفرد لان المركب يتلو المفرد قال (واذا كان الدين بين الشريكين الخ) لذا كان الدين بين الشريكين فصالح أحدهما من نصيبه على ثوب فشرى به بالخيار ان شاء اتبع الذي عليه الدين بنصفه وان شاء أخذ نصف الثوب من الشريك لأن ضمن له شريكه ربع الدين فانه لا خيار لشريكه في اتباع الغريم أو شريكه القابض وأصل هذا ان الدين المشترك بين اثنين اذا قبض أحدهما منه شيئا فلصاحبه أن يشاركه في المقبوض وهو الدراهم أو الدنانير أو غيرهما لان الدين ازداد خيرا بالقبض انما عليه الدين باعتبار عاقبة القبض وهذه الزيادة ترجع الى أصل الحق فيصير كزيادة الولد والثرثرة وله حق المشاركة في ذلك فان قبض لو كانت زيادة الدين بالقبض كزيادة الثمرة والولد لما جاز تصرف القابض في المقبوض كما لا يجوز لأحد الشريكين التصرف في الولد والثرثرة بغير إذن الآخر أجاب بقوله لك أي المقبوض قبل أن يختار الشريك مشاركة القابض فيه باق على ملك القابض

فصل في الدين المشترك قال (واذا كان الدين بين شريكين فصالح أحدهما من نصيبه على ثوب فشرى به بالخيار ان شاء اتبع الذي عليه الدين بنصفه وان شاء أخذ نصف الثوب من الشريك ربع الدين) وأصل هذا ان الدين المشترك بين اثنين اذا قبض أحدهما شيئا منه فلصاحبه أن يشاركه في المقبوض لانه اذا زاد بالقبض انما عليه الدين باعتبار عاقبة القبض وهذه الزيادة ترجع الى أصل الحق فتصير كزيادة الولد والثرثرة وله حق المشاركة ولكنه قبل المشاركة باق على ملك القابض

ينافي ما تقرر في التعليل المذكور من قبل أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله في الوجه الاول لانه كما لا يثبت الاطلاق بالشك لا يثبت الشرط به أيضا فيلزم أن لا يثبت تقييد الإبراء بالشرط في ذلك الوجه اذ لم يثبت تقييده به أولا هناك كما ثبت اطلاقه أولا في الوجه الثالث حتى لا يزول بالشك بل ان أخذ التقييد هناك فانما يؤخذ من مقارنة الإبراء بالاداء واذا كان الاداء مترددا بين ما يقتضي الاطلاق وما يقتضي التقييد كما ذكره هنا كان تقييده بالشرط مشكوكا غير ثابت وقد جزم في التعليل المذكور هناك من قبله ما يكون الإبراء مقيدا بالشرط في ذلك الوجه وبين ذلك بما لا مزيد عليه فكان بين الكلامين تناف فليتأمل في التوفيق

فصل في الدين المشترك أخر بيان حكم الدين المشترك عن المفرد لان المركب يتلو المفرد (قوله بنصف الدين) (قوله الا أن ضمن له شريكه ربع الدين فانه لا خيار لشريكه الخ) أقول إشارة الى أن الاستثناء من قوله فشرى به بالخيار قال صاحب النهاية والاتصاف الاستثناء من قوله فشرى به بالخيار اه والظاهر من تقرير الكافي انه استثناء من قوله ان شاء أخذه منه نصف الثوب فانه قال اذا كان الدين بين شريكين فصالح أحدهما من نصيبه على ثوب فشرى به بالخيار ان شاء أخذ نصف الثوب من الشريك

منه نصف الثوب الا أن ضمن له شريكه ربع الدين وان شاء اتبع غريمه بنصف الدين اه فتأمل في الترجيح لان وفي الكفاية استثناء من قوله ان شاء أخذ نصف الثوب فان الشريك اذا ضمن له ربع الدين لا يبقى للساكت ولاية الشركة في الثوب ويجوز انه يكون من قوله ان شاء اتبع الذي عليه الدين بنصفه فان الشريك اذا ضمن له نصف المقبوض لا يبقى له ولاية الرجوع بنصف الدين بل يرجع بربعه والاحسن أن يكون من قوله فشرى به بالخيار الا اذا ضمن له شريكه ربع الدين فيثبت لا يبقى له الخيار البتة اه قال المصنف (وله حق المشاركة) أقول الظاهر اسقاط لفظ الحق فان المتحقق في الولد والثرثرة حقيقة لا اخفاها

لأن العين غير الدين حقيقة وقد قبضه بدلا عن حقه فيملكه وينفذ تصرفه ويضمن لشريكه حصته وعرف الدين المشترك بأنه الذي يكون واجبا بسبب متحد كثن مبيع صفقة واحدة بأن كان لكل منهما عين على حدة فباعا صفقة واحدة وعن مال مشترك وموروث مشترك وقيمة مشترك مشترك وقيد الصفقة بالوحدة احترازا عما إذا كان عبيدين رجلين باع أحدهما نصيبه من رجل بخمسمائة وباع الآخر نصيبه منه بخمسمائة وكتب عليه مكا واحدا بالف درهم ثم قبض أحدهما منه شيئا لم يكن إلا آخر أن يشاركه فيه لأن نصيب كل واحد منهما واجب على المطلوب بسبب آخر فلا تثبت الشراكة بينهما باتحاد الصك قال صاحب النهاية ثم ينبغي أن لا يكتفى بقوله إذا كان صفقة واحدة بل ينبغي أن يراد على هذا ويقال إذا كان صفقة (٤٧) واحدة بشرط أن يتساوى باقي قدر الثمن وصفته لأنهما لو باعا

صفقة واحدة على أن نصيب فلان منه مائة ونصيب فلان خمسمائة ثم قبض أحدهما منه شيئا لم يكن إلا آخر أن يشاركه فيه لأن تفرق التسمية في حق البائعين كتفرق الصفقة بدليل أن المشتري أن يقبل البيع في نصيب أحدهما وكذلك لو اشترط أحدهما أن يكون نصيبه خمسمائة بخمسة ونصيب الآخر خمسمائة سونلم يكن إلا آخر أن يشاركه فيما قبضه لأن التسمية تفرقت وتغير نصيب أحدهما عن الآخر وصفا وأصل المصنف انما ترك ذكره لأنه شرط الاشتراك وهو في بيان حقيقة ولما فرغ من بيان الأصل قال (إذا عرفنا هذا) ونزل عليه مسئلة الكتاب هذا إذا كان صالح على شيء ولو استوفى نصف نصيبه من الدين كان لشريكه أن يشركه فيما قبض

لأن العين غير الدين حقيقة وقد قبضه بدلا عن حقه فيملكه حتى ينفذ تصرفه فيه ويضمن لشريكه حصته والدين المشترك يكون واجبا بسبب متحد كثن المبيع إذا كان صفقة واحدة وعن المال المشترك والموروث بينهما وقيمة المشترك المشترك إذا عرفناه ذلك في مسئلة الكتاب له أن يتبع الذي عليه الأصل لأن نصيبه باق في ذمته لأن القابض قبض نصيبه لكن له حق المشاركة وإن شاء أخذ نصف الثوب لأن له حق المشاركة إلا أن يضمن له شريكه ربع الدين لأن حقه في ذلك قال (ولو استوفى نصف نصيبه من الدين كان لشريكه أن يشاركه فيما قبض) لما قلنا (ثم يرجعان على الغريم بالباقي) لأنهما لما اشترى كافي المقبوض لا بد أن يبقى الباقي على الشركة قال (ولو اشترى أحدهما بنصيبه من الدين سلعة كان لشريكه أن يضمه ربع الدين) لأنه صار قابضا حقه بالمقاصة كذلك لأن مبيع البيع على المالك كسنة بخلاف الصلح لأن مبناء على الأغراض والخطيئة فلو أزال مناه دفع ربع الدين بتضرره فيخبر القابض كما ذكرنا ولا سبيل للشريك على الثوب في البيع لأنه ملكه بعقده

لأن العين غير الدين حقيقة وقد قبضه بدلا عن حقه فيملكه قال الشراح فاطمة هذا استدراك جواب سؤال مقدر وهو أن يقال لو كانت زيادة الدين بالقبض كزيادة الثمرة والولد لما جاز تصرف القابض في المقبوض كما لا يجوز لأحد الشريكين التصرف في الثمرة والولد بغير إذن الآخر (أقول) نعم كذلك لكن يرد عليه أنه وإن تم جوابا عن ذلك السؤال إلا أنه منافي لما تقرر أن نفا من أن صاحبه حق المشاركة في المقبوض لأنه لما قال في تعليله لأن العين غير الدين علم منه أن ما قبضه أحد الشريكين غير ما اشترى فيه لآعينه ولما قال وقد قبضه بدلا عن حقه علم منه أن ما قبضه ليس بدلا عن المشترك بينهما كما أنه ليس عين ذلك بل هو بدل عن حصة القابض فقط فكيف يتصور أن يثبت للشريك الساكت حق المشاركة في المقبوض الذي ليس هو عين ما اشترى فيه ولا بدلا عنه فتأمل ثم إن هذا مخالف لما ذكر في شرح الاقطع في تعليل قوله وإن شاء أخذ نصف الثوب في جواب مسئلة الكتاب بأن قال لأن الصلح وقع على نصف الدين وهو مشاع لأن قسمة الدين حال كونه في الذمة لا تصح وحق الشركة متعلق بكل جزء من الدين فصار عوض الثوب نصفه من حقه فوقف على إجازته وأخذ النصف دلالة على إجازة العدة قد فصحت ذلك وجاز فأنضم له شريكه ربع الدين لم يكن له على الثوب سبيل لأن حقه في الدين انتهى فإن الظاهر منه أن يكون ما قبضه أحد الشريكين في الدين بدلا من حقه مما عالا من حق

لما قلنا من الأصل ثم يرجعان بالباقي على الغريم لأنهما لما اشترى كافي المقبوض لا بد من بقائه الباقي على ما كان من الشركة قال (ولو اشترى أحدهما بنصيبه الخ) ولو اشترى أحدهما بنصيبه من الدين ثوبا كان لشريكه أن يضمه ربع الدين وليس للشريك مخيرا بين دفع ربع الدين ونصف الثوب كما كان في صورة الصلح لأنه استوفى نصيبه بالمقاصة بين مالزمه بشراء الثوب وما كان له على الغريم كالأى من غير خطيئة وأغراض لأن مبيع البيع على المالك كسنة ومثله لا يتوهم فيه الأغراض والخطيئة بخلاف الصلح لأن مبناء على ذلك فلو أزال مناه في الصلح تضمين ربع الدين البتة تضرره فيخبر القابض كما ذكرنا من قوله إلا أن يضمن له شريكه وليس للشريك على الثوب في صورة البيع سبيل لأنه ملكه بعقده فإن قيل هب أنه ملكه بعقده أما كان يبيع دين مشترك وذلك يقتضي الاشتراك في المقبوض

أجاب بقوله (والاستيفاء بالمقاصة بين غنمه وبين الدين) يعني ان الاستيفاء لم يقع بما هو مشترك بل بما يخصه من الثمن بطريق المقاصة اذا البيع يقتضى ثبوت الثمن في ذمة المشتري والاضافة الى ما على الغريم من نصيبه عند العقد ان تحققت لاتنا في ذلك لان النقود علينا كانت اودينا لاتتمين في العقود واذا ظهرت المقاصة اندفع ما يتوهم من قسمة الدين قبل القبض لانهم الزمت في ضمن المعاقدة فلا يعتبر بهما او اما الصلح فليس يلزم به في ذمة المصالح شئ تقع المقاصة به فتعين أن يكون المأخوذ من الدين المشترك فكان الشريك بسبيل من المشاركة فيه (والشريك أن يبيع الغريم في جميع ما ذكرنا) من الصلح عن نصيبه على ثوب واستيفاء نصيبه بالنقود وشراء السلعة بنصيبه (لان حقه في ذمة الغريم باق لان القابض استوفى نصيبه حقيقة لكن له حق المشاركة فله أن لا يشاركه) لثلاثين طلب ماله عليه فانه خلف باطل (فلو سلم الساكت للقابض ما قبض ثم توى ما على الغريم له أن يشاركه القابض) في الفصول الثلاثة (لانه رضى بالتسليم ليسلم له ما في ذمة الغريم ولم يسلم)

(قوله أجاب بقوله والاستيفاء الخ) أقول فيه تأمل

والاستيفاء بالمقاصة بين غنمه وبين الدين والشريك أن يبيع الغريم في جميع ما ذكرنا لان حقه في ذمة باقي لان القابض استوفى نصيبه حقيقة لكن له حق المشاركة فله أن لا يشاركه فلو سلم له ما قبض ثم توى ما على الغريم له أن يشاركه القابض لانه رضى بالتسليم ليسلم له ما في ذمة الغريم ولم يسلم

القابض فقط (قوله والاستيفاء بالمقاصة بين غنمه وبين الدين) هذا جواب عن سؤال مقدر وهو ان يقال هل أنه ملكه بعقده ولكن كان عقده بيع بعض دين مشترك وذلك يقتضى الاشتراك في المقبوض فكيف تقولون لاسبيل للشريك على الثوب في البيع فأجاب بأن الاستيفاء لم يقع بما هو مشترك بل بما يخصه من الثمن بطريق المقاصة اذا البيع يقتضى ثبوت الثمن في ذمة المشتري والاضافة الى الغريم من نصيبه عند العقد لاتنا في ذلك لان النقود علينا كانت اودينا لاتتمين في العقود واذا ظهرت المقاصة اندفع ما يتوهم من قسمة الدين قبل القبض لانهم الزمت في ضمن المعاقدة فلا يعتبر بهما انتهم (أقول) في محرم يقول صاحب العناية قصور فانه فرع اندفاع توهم قسمة الدين قبل القبض على ظهور المقاصة مع ان ذلك التوهم انما نشأ من المقاصة اذ لو لم تحقق المقاصة لزم الاشتراك في الثوب المقبوض في البيع أيضا بناء على الاشتراك فيما أضيف اليه العقد من بعض الدين المشترك فلاته وهم القسمة قبل القبض أصلا ولهذا فرع غيره ورود السؤال بلزوم القسمة قبل القبض على تحقق المقاصة ثم أقول لا احتياج عندى ههنا الى التثبت بجواز القسمة قبل القبض ضمنا اذ لا وجه للتوهم المتذكورا أصلا لانه ان لم يكن للشريك السالك سبيل على الثوب في البيع بناء على كون استيفاء الشريك القابض في البيع بالمقاصة كان له سبيل على ما استوفاه من الدين المشترك بالمقاصة حيث كان له أن يضعه نصفه وهو ربع الدين فلا مجال لتوهم قسمة الدين قبل القبض ضرورة ان لاسبيل لاحد الشريكين على شئ مما استوفاه الاخر بعد وقوع القسمة لا يقال تلك الضرورة في القسمة القصديّة دون الضمنية والتوهم ههنا مطلق قسمة الدين قبل القبض فلا بد من المصير الى أن يقال قسمة الدين قبل القبض قصدا غير لازمة وأما ضمنا فلازمة ولكنها جائزة لاننا نقول تلك الضرورة ثابتة قطعاً في القسمة الصحيحة بعد أن وقعت سواء كانت قصديّة أو ضمنية فلو سلم وقوع قسمة الدين قبل القبض ضمنا ههنا واعترف بصحتها لزم أن لا يكون للشريك السالك سبيل على ما استوفاه القابض من الدين المشترك بالمقاصة أيضا فلزم أن لا يضمه ربع الدين وقد تقرر أن له أن يضمه ذلك فالسالك الصحيح أن لا يسلم لزوم قسمة الدين قبل القبض فيما نحن فيه لا قصدا ولا ضمنا كما قررناه (قوله وللشريك أن يبيع الغريم في جميع ما ذكرنا لان حقه في ذمة باقي لان القابض استوفى نصيبه حقيقة لكن له حق المشاركة فله أن لا يشاركه) أقول فيه كلام وهو أنه ان كان حق الشريك الساكت باقيا في ذمة الغريم وكان ما استوفاه القابض نصيب نفسه حقيقة كان ثبوت حق المشاركة للساكت فيما استوفاه القابض مشكلا غير معقول المعنى ثم ان هذا مخالف لما ذكر في غاية البيان وغيرها في صدر هذا المسائل من الاصل الصحيح المبرهن عليه بأن يقال الاصل هنا أن الدين المشترك الذي ثبت بسبب واحد للشريكين اذا قبض أحدهما شيئا منه فالمقبوض من النصيبين لا لأوجه لهما من نصيب أحدهما لكان قد قسمنا الدين حال كونه في الذمة وقسمة الدين حال

كما اذا مات المحال عليه مفسداً فان المحتال يرجع على المحيل لذلك واذا كان على أحد الشريرين دين الغريم قبل الدين المشترك فأقر بذلك لم يرجع عليه الشرير لأنه قاض بنصيبه لا مقتض بناء على ان آخر الدين قضاء عن أولهما اذا العكس يستلزم القضاء قبل الوجوب والقضاء لا يسبقه (ولو أبرأه عن نصيبه فكذلك لأنه اتلاف وليس بقبض ولو أبرأه عن البعض كانت قسمة الباقي على ما بقي من السهام) حتى لو كان لهما على المديون عشر وندرهما فأبرأ أحد الشريرين عن نصف نصيبه كانت المطالبة له بالخمسة والساكنة بالعشرة (ولو أبرأ أحدهما عن نصيبه صح عند أبي يوسف) خلا فلهما قال صاحب النهاية ما ذكر من صفة الاختلاف بخالف لما ذكر في عامة الكتب حيث ذكر قول محمد مع قول أبي يوسف وذلك سهل لجواز أن يكون المصنف قد اطلع على رواية لمحمد مع أبي حنيفة وأبو يوسف اعتبر التأخير لكونه ابراه مؤقتاباً لا ابراء المطلق وقال يلزم قسمة الدين قبل القبض لا امتياز أحد النصيبين عن الآخر بأصاف أحدهما بالحلول والآخر بالتأجيل وقسمة الدين قبل القبض لا يجوز لأنه وصف شرعي ثابت في الذمة وذلك لا يتميز بعضه عن بعض ولقائل أن يقول بتأخير البعض هل يتميز أحد النصيبين عن الآخر أو لا فان يتميز بطل قولكم وذلك لا يتميز بعضه عن بعض وان لم يتميز بطل قولكم لا امتياز أحد النصيبين عن الآخر بكذا وكذا والجواب عنه ان تأخير البعض فيه يستلزم التمييز كَمَا يوجب (٤٩) فيما يستحيل ذلك فيه فغنى قوله

لا امتياز أحد النصيبين
لاستلزام التأخير لا امتياز
فان قيل فصد يجوز ابراه
أحدهما عن نصيبه وذكر
الابراء بوجوب التمييز بكون
بعضه مطلوباً وبعضه لا فيما
يستحيل فيه ذلك أوجب
بأن القسمة تقتضي وجود
النصيبين وليس ذلك في
صورة الابراء بوجود فلا
قسمة لا يقال لو كان
القسمة أمراً وجوباً يلزم
ما ذكرتم وانما هي رفع
الاشتراك أو الاتحاد أو
ما شئت فسمه وذلك عدني
فلان سلم أنها تقتضي
وجود النصيبين لا نقول
القسمة اقراراً أحد

ولو وقعت المقاصة بين كان عليه من قبل لم يرجع عليه الشرير لأنه قاض بنصيبه لا مقتض ولو أبرأه عن نصيبه فكذلك لأنه اتلاف وليس بقبض ولو أبرأه عن البعض كانت قسمة الباقي على ما بقي من السهام ولو أبرأ أحدهما عن نصيبه صح عند أبي يوسف اعتباراً بالابراء المطلق ولا يصح عندهما لأنه يؤدي إلى قسمة الدين قبل القبض ولو غصب أحدهما ماعيناً منه واشتراه شراء فاسداً وهلك في يده فهو قبض والاستغفار بنصيبه قبض

كونه في الذمة لا تجوز والدليل على ذلك هو أن القسمة تتميز بالحقوق وذلك لا يتأتى فيما في الذمة ولأن القسمة فيها معنى التلخيص لأن كل واحد من المقسمين يأخذ نصف حقه ويأخذ الباقي عوضاً عنه في يد الآخر وتلك الدين لغريم في ذمته لا يجوز فإذا ثبت هذا كان المقبوض من الحقين جميعاً فكان اشتریکاً أن يأخذ نصف المقبوض بعينه انتهى فتأمل قال صاحب العناية في تعليل قول المصنف أنه لا يشاركه لثلاث مقابله ما عليه فانه خلف باطل (أقول) فيه نظراً لأنه يستلزم أن لا يثبت له حق المشاركة أصلاً بل يتعين له عدم المشاركة وهذا ظاهر زوماً بطلانا (قوله) ولو وقعت المقاصة بين كان عليه من قبل لم يرجع عليه الشرير لأنه قاض بنصيبه لا مقتض (أقول) فيه شيء وهو أنه يلزم في هذه المقاصة قسمة الدين قبل القبض وهذا لا يجوز وليس ههنا عقد حتى تجوز في ضمنه كما قالوا في صورة البيع اللهم إلا أن تجعل نفس المقاصة نوع عقد أو شبهه عقد وتجوز قسمة الدين قبل القبض في ضمنها أيضاً (قوله) ولا يصح عندهما لأنه يؤدي إلى قسمة الدين قبل القبض قال صاحب العناية في شرح هذه المقام وقال يلزم قسمة الدين قبل القبض لا امتياز أحد النصيبين عن الآخر بأصاف أحدهما بالحلول والآخر بالتأخير وقسمة الدين قبل القبض لا يجوز لأنه وصف شرعي ثابت في الذمة وذلك لا يتميز

(٧ - تكمله سابع)

النصيبين لتكامل المنفعة بما لا يشارك فيه الآخر وذلك يقتضي وجودهما
لا محالة وارتفاع الشرية من لوازمه والاعتبار للوضوعات الأصلية (ولو غصب أحدهما ماعيناً منه واشتراه شراء فاسداً فهلك في يده فهو قبض) لأن ضمان الهالك قصاص بقدره من الدين وهو آخر الدين فيصير قضاء لاول وكذا اذا استاجر من الغريم نصيبه داراً أو سكنها فأراد شريكه اتباعه كان له ذلك لأنه صار مقتضياً نصيبه وقد قبض ماله حكم المال من كل وجه لأن ما عدا منافع البضغ من المنافع جعل مالا من كل وجه عند ورود العقد عليها

(قوله والجواب عنه ان تأخير البعض فيه الخ) أقول اختياراً للشق الثاني ثم الضمير في قوله فيه راجع إلى الدين (قوله) فان قيل فقد يجوز ابراه أحدهما الخ) أقول ويجوز أن يقرر السؤال بأن تصحيح ابراه عن نصيبه يستلزم تغير الدين في ذمته قبل ابراه والافكيف تعلق ابراه بنصيبه خاصة فليست أملاً في جوابه (قوله) أوجب بأن القسمة تقتضي الخ) أقول ولو أوجب بأن المحال قسمة الدين في الذمة ولا يلزم ذلك في صورة ابراه لم يمتحج إلى ذلك التطويل (قوله) لزم ما ذكرتم) أقول يعني من اقتضاء وجود النصيبين (قوله) فلان سلم أنها الخ) أقول لعل هذا المنع خارج عن قانون التوجيه

(وكذا الاحراق عند محمد خلافا لابي يوسف) وصورة ما اذا رمى النار على ثوب المديون فأحرقه وهو يساوي نصيب المحرق وأما اذا أخذ
 الثوب ثم أحرقه فإن للشريك الساكن أن يتبع المحرق بالاجماع لعمد رجة الله ان الاحراق اتلاف لمال مضمون فكان كالنصب
 والمديون صار قاضيا لنصيبه بطريق المقاصة فيجعل المحرق مقتضيا لابي يوسف رجة الله أنه متلف نصيبه بما صنع لا قابض لان الاحراق
 اتلاف فكان هذا نظير الجناية (٥٠) فإنه لو جنى على نفس المديون حتى سقط نصيبه من الدين لم يكن الا خزان

يرجع عليه بشئ فكذا اذا
 جنى بالاحراق واذا تزوج
 بنصيبه من الدين لم يرجع
 عليه الشريك في ظاهر
 الرواية لانه لم يقبض من
 حصته شأ مضمونا يقبل
 الشركة فإنه يملك به البضع
 وانه ليس بمال منقسم ولا
 مضمون على أحد فكأن
 كالجناية وروى بشر عن
 أبي يوسف أنه يرجع لأن
 التزوج وان كان بالنصيب
 لفظا فهو بمثابة معنى فيكون
 دين المهر الواجب للمرأة
 آخر الدينين فيه يرقض
 الاول فيتحقق القضاء
 والاقضاء والصلح على
 نصيبه بجناية العمد
 اتلاف كالتزوج به لانه لم
 يقبض شأ قابلا للشركة
 بل أتلف نصيبه قبل وانما
 قيد بقوله عمد لانه في الخطا
 يرجع عليه وأطلق في
 الايضاح فقال ولو شجبه
 موضحة فصالحه على حصته
 لم يلزم الشريك شئ لان
 الصلح عن الموضحة بمنزلة
 النكاح وأرى انه قيده
 بذلك لان الارش قد يلزم
 العاقلة فلم يكن مقتضيا
 لشي قال (واذا كان السلم

وكذا الاحراق عند محمد رجة الله خلافا لابي يوسف رجة الله والتزوج به اتلاف في ظاهر الرواية وكذا
 الصلح عليه من جناية العمد قال (واذا كان السلم بين شريكين فصالح أحدهما من نصيبه على رأس
 المال لم يجز عند أبي حنيفة ومحمد رجة الله

بعضه عن بعض ولقائل أن يقول بتأخير البعض هل يتميز أحد النصيبين عن الآخر أو لا فان تميز
 بطل قولكم وذلك لا يتميز بعضه عن بعض وان لم يتميز بطل قولكم لا يتميز أحد النصيبين عن الآخر
 يكذ او كذا والجواب عنه أن تأخير البعض فيه يستلزم التمييز كرماء وجهه فيما يستقبل ذلك فيه فغنى
 قوله لا يتميز أحد النصيبين لا يستلزم التأخير لا يتميزان قيل فقد جوزوا ابراء أحدهما عن نصيبه وذكر
 الارباء وجب التمييز يكون بعضه مطلوبا وبعضه لا فيما يستقبل فيه ذلك وأجيب بأن القسمة
 تقتضي وجود النصيبين وليس ذلك في صورة ابراء بموجود فلا قسمة الى هنا كلامه (أقول) في الجواب
 الثاني بحث لان عدم تحقق القسمة في صورة ابراء بسبب عدم تحقق مقتضاها لا يدفع السؤال الثاني
 لان حاصله نقض ما ذكر في الجواب الاول بأن ذكر ما وجب التمييز بتحقيق في صورة ابراء أيضا لم
 يستلزم مجرد ذلك قسمة الدين قبل القبض في صورة التأخير لا يستلزمها في صورة ابراء أيضا وأما عدم
 تحقق القسمة بسبب تخلف مقتضاها فأمر مشترك بين الصورتين لان القسمة كما تقتضي وجود
 النصيبين كذلك تقتضي كون كل واحد من النصيبين قابلا للتميز عن الآخر وتميز بعض الدين عن
 بعض غير متصور فلا قسمة في الدين لافي صورة ابراء ولا في صورة التأخير كيف ولو أمكن القسمة في
 الدين لما بطلت قسمة الدين قبل القبض فاذا لم تتصور حقيقة القسمة في الدين لافي صورة ابراء ولا في
 صورة التأخير بقي أصل النقض على حاله فندير (قوله وكذا الصلح عليه عن جناية العمد) قال في النهاية
 ومعرراج الدرابة قبل انما قيد بجناية العمد لان في جناية الخطا يرجع ولكن ذكر في الايضاح مطلقا
 فقال ولو شج الطالب المطلوب موضحة فصالحه على حصته لم يلزمه شريك شئ لان الصلح عن الموضحة
 بمنزلة النكاح انتهى وقال في العناية بعد ذكر ما فيها وأرى أنه قيده بذلك لان الارش قد يلزم العاقلة فلم
 يكن مقتضيا لشي انتهى ورد عليه بعض الفضلاء حيث قال فيه ان العاقلة لا تعقل صلحا على ما سيجي
 انتهى (أقول) هذا ساقط جدا لان العاقلة لا تعقل الارش الذي يجب بالصلح وهو الذي يجي في
 كتاب الديات ولا يكون ذلك الا في الصلح عن جناية العمد وانما امر اد صاحب العناية ههنا ان الارش
 قد يلزم العاقلة بجناية الخطا ثم يصلح عنه على مال أعطاه الخاني ففي مثله اذا وقع الصلح على نصيب الخاني
 من الدين المشترك لم يكن الخاني المصالح مقتضيا لشي اذا الارش لم يلزمه حتى يكون مقتضاه بل قد يلزم
 العاقلة فأين ما أراد مما أورده ذلك الراد ثم أقول بقي كلام فيما قاله صاحب العناية أما أولا فلان
 القاتل يدخل مع العاقلة عندنا فيكون فيما يؤدي كأحد هدم على ما يجي في كتاب المعاقلة فلم يتم قوله
 فلم يكن مقتضيا لشي اذ قد كان مقتضيا قدر ما لزمه أن يؤديه مع العاقلة وأما ثانيا فلان ما ذكره
 انما يقتضي اطلاق الجناية لا تقيدها بالعقدان المصالح اذ لم يكن مقتضيا لشي لزم أن لا يرجع شريكه

بين شريكين الخ) اذا سلم من رجل في كحطة فصالح أحدهما مع المسلم اليه على أن يأخذ نصيبه من
 رأس المال ويفسخ عقد السلم في نصيبه لم يجز عند أبي حنيفة ومحمد الا باجازه الاخر فان أجاز جاز وكان المقبوض من رأس المال
 مشتركا بينهما ما بقي من السلم مشترك بينهما وان لم يحجزه فالصلح باطل

(قوله فيحقق القضاء والاقتضاء) أقول أي القضاء من المرأة والاقتضاء من الرجل (قوله لان الارش قد يلزم العاقلة الخ) أقول فيه ان
 العاقلة لا تعقل صلحا على ما سيجي

وقال أبو يوسف جازا اعتبارا بسائر الديون فان أحد الدائنين اذا صالح المدين عن نصيبه على بدل جاز وكان الآخر مختارا ان يشار كه في المقبوض وبين أن يرجع على المدين نصيبه كذلك ههنا (وعا اذا اشترى باعدا فأقال أحدهما في نصيبه) بجماع ان هذا الصلح اقالة وفتح لعقد السلم ولاي حنيفة ومحمد وجهان أحدهما انه لو جاز فاما أن جاز في نصيبه خاصة أو في النصف من النصيبين فان كان الاول لزم قسمة الدين قبل القبض لأن خصوصية نصيبه لا تظهر بالا تمييز ولا تميز بالا بقسمة وقد تقدم بطلانها وان كان الثاني فلا بد من اجازة الآخر لتناوله بعض نصيبه وقوله بخلاف شراء العين جواب عن قياس أبي يوسف المتنازع على شراء العبد وتقريره بخلاف شراء العين فان اذا اخذ ترافقه الشق الاول من التعديل يلزم المحذور والمذكور فيه في السلم وهو قسمة الدين في الذمة واستظهر المصنف بقوله وهذا لأن المسلم فيه يعني ان المسلم لم فيه في ذمة المسلم اليه انما صار واجبا بعقد السلم والعقد قام بهما فلا ينفرد أحدهما برفعه والثاني انه لو جاز الصلح لشار كه في المقبوض من رأس المال لأن الصفة واحدة وهي (٥١) مشتركة بينهما واذا اشار كه فيه

يرجع المصالح على من عليه بالقدر الذي قبضه الشريك حيث لم يسلم له ذلك القدر وقد كان ساقطا بالصلح ثم عاد بعد سقوطه واعترض بان هذا المعنى موجود في الدين المشترك اذا استوفى أحدهما نصفه فاذا اشار كه صاحبه في النصف يرجع المصالح بذلك على الغريم وفيه عود الدين بعد سقوطه وأجيب بأنه أخذ بدل الدين وأخذته يؤذن بتقرير المبدل لا بسقوطه بل بتقاصن ويثبت لكل واحد منهما دين في ذمة صاحبه لأن الديون تقضى بأمثالها وفي السلم لم يكون فسخا والمفسوخ لا يعود بدين تجديد السبب (قالوا) أي المتأخرون من مشايخنا (هذا) الاختلاف بين علمائنا

وقال أبو يوسف رحمه الله يجوز الصلح اعتبارا بسائر الديون وبما اذا اشترى باعدا فأقال أحدهما في نصيبه ولهما أنه لو جاز في نصيبه خاصة يكون قسمة الدين في الذمة ولو جاز في نصيبهما لا بد من اجازة الآخر بخلاف شراء العين وهذا لأن المسلم فيه صار واجبا بالعقد والعقد قام بهما فلا ينفرد أحدهما برفعه ولانه لو جاز لشار كه في المقبوض فاذا اشار كه فيه يرجع المصالح على من عليه بذلك فيؤدى الى عود السلم بعد سقوطه قالوا هذا اذا خلط رأس المال فان لم يكونا قد خلطاه فعلى الوجه الاول هو على الخلاف وعلى الوجه الثاني هو على الاتفاق

عليه كما في الصلح عن جناية العمد فلم يظهر التقييد وجه فليتأمل (قوله ولهما أنه لو جاز في نصيبه خاصة يكون قسمة الدين في الذمة ولو جاز في نصيبهما لا بد من اجازة الآخر) يعني أنه لو جاز فاما أن جاز في نصيبه خاصة أو في النصف من النصيبين فان كان الاول لزم قسمة الدين قبل القبض لأن خصوصية نصيبه لا تظهر بالا تمييز ولا تميز بالا بقسمة واللازم باطل وان كان الثاني فلا بد من اجازة الآخر لتناوله بعض نصيبه (أقول) فيه نظر أما أولا فلان هذا الدليل منقوض بسائر الديون لانه جار فيهما بعينه كالألما يخفى مع تخلف الحكم المذكور وهو عدم جواز الصلح كما تقرر في دليل أبي يوسف وأما ثانيا فلان قسمة الدين في الذمة انما لا يجوز اذا كانت قصدا وأما اذا كانت ضمنا فبحوز كما صرحوا به وقد مر من قبل وفي الشق الاول من التعديل المذكور انما لزم قسمة الدين قبل القبض في ضمن عقد الصلح فلا محذور في اللازم (قوله ولانه لو جاز لشار كه في المقبوض فاذا اشار كه فيه يرجع المصالح على من عليه بذلك فيؤدى الى عود السلم بعد سقوطه) قال صاحب العناية أخذا من شرح تاج الشريعة واعترض بأن هذا المعنى موجود في الدين المشترك اذا استوفى أحدهما نصفه فاذا اشار كه صاحبه في النصف يرجع المصالح بذلك على الغريم وفيه عود الدين بعد سقوطه وأجيب بأنه أخذ بدل الدين وأخذته يؤذن بتقرير المبدل لا بسقوطه بل بتقاصن ويثبت لكل واحد منهما دين في ذمة صاحبه لأن الديون تقضى بأمثالها وفي السلم يكون فسخا والمفسوخ لا يعود بدين تجديد السبب انتهى كلامه (أقول) لمعترض

انما هو (اذا خلط رأس المال) وعقد عقد السلم وأما اذا لم يخلط فقال بعضهم هو على هذا الاختلاف أيضا وهو لاه نظر والى الوجه الاول وهو قوله العقد قام بهما فلا ينفرد أحدهما برفعه ولا فرق في ذلك بين أن يكون رأس المال مخلوطا أو غيره وقال آخرون هو على الاتفاق في الجواز وهو لاه نظروا الى الوجه الثاني وهو قوله لو جاز لشار كه في المقبوض لأن ذلك باعتبار شر كتهما في المقبوض ولا مشاركة عند انفراد كل منهما بما يخصه من رأس المال ومنشأ اختلاف المتأخرين في ان اختلاف المتقدمين في صورة خلط رأس المال أو على الاطلاق ان محمد اذ كر الاختلاف في السويع مع ذكر الخلط وذكر في كتاب الصلح مع تصريح عدم الخلط أن الآخر لا يشار كه فيما قبض المصالح في قول أبي يوسف ولم يذكر قول أبي حنيفة ومحمد قطن بعضهم أن ترك ذلك لاجل الاتفاق وقيل وليس بسديد لأن الموجب للشر كه في المقبوض هو الشر كه في دين السلم باتحاد العقد وهو لا يختلف فيما خلط أو لم يخلط

(قوله يرجع المصالح الخ) أقول اطلاق المصالح يجوز الا أن يكون المراد الاستيفاء بطريق الصلح (قوله وقيل وليس بسديد) أقول الغائل هو انما يري نقلنا عن الاوضح

فصل في التخرج في التخرج تفاعل من الخروج وهو أن يطلع الورثة على إخراج بعضهم من الميراث على ما معلوم ووجه تأخير قوله وقوعه فإنه لم يرضى أحد بأن يخرج من البين بغير استيفاء حقه وسببه طلب التخرج من الورثة ذلك عند رعايته به وله شروط تد كرفي أثناء الكلام وتصوير المسئلة كراهة في مختصر الضوء والرسالة قال (وإذا كانت التركة بين ورثة فأخرجوا أحدهم الخ) وإذا كانت التركة بين ورثة فأخرجوا أحدهم منها بما أعطوه إياه حال كون التركة عقاراً أو عروضا جاز قل ما أعطوه أو أكثر وقيد بذلك لأنها لو كانت من النقود كان هناك شرط سند كره وهذا لأنه لا يمكن تصحيحه ببيع أو البيع يصح بالقليل والكثير من الثمن ولا يصح جعله إيراداً لأن الإبراء من الأعيان غير المضمونة لا يصح (٥٢) فان قيل لو كان بيع الشرط معرفة مقدار حصته من التركة لأن جهاته تفقد

البيع أجيب بأن الجهالة المفضية إلى النزاع تفقد البيع لا متناعه عن التسليم الواجب بمقتضى البيع وهو لا يحتاج إلى تسليم فلا يفتى إلى المنازعة فصار كمن أقر أنه غصب من فلان شيئاً واشترى من المقر له جازواً لم يعلم مقدار له وفي جواز التخرج مع جهالة المصالح عنه أتر عثمان وهو ماروي محمد بن الحسن عن حدثه عن عمرو بن دينار أن إحدى نساء عبد الرحمن بن عوف رضي الله عنه صالحوها على ثلاثة وثمانين ألفاً على أن أخرجهما من الميراث وهي غامضة فاختلفت الصحابة في ميراثها منه ثم صالحوها على الشطر وكانت له أربع نسوة وأولاد فخطها ربع الثمن جز من اثنين وثلاثين جزاً فصالحوها على نصف ذلك وهو جزء من أربعة وستين جزاً

فصل في التخرج (وإذا كانت التركة بين ورثة فأخرجوا أحدهم منها بما أعطوه إياه والتركة عقاراً أو عروضا جاز قليلاً كان ما أعطوه إياه أو كثيراً) لأنه أمكن تصحيحه بغير عثمان فإنه صالح غامض لا يشجعية أمر أتر عبد الرحمن بن عوف رضي الله عنه عن ربع ثمانين ألف دينار أن يعود ويقول هذا المعنى موجوداً يضاف إذا اشترياً بعداً قال أحدهما في نصيبه والفرق للذكور في الجواب المزبور لا يمتشي فيه لأن الإقالة فسخ عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقد ذكر في آخر الجواب أن المفسوخ لا يعود بدون تعديد السبب ولم يعقد السبب في تلك الصورة قطعاً فينتقض الدليل المذكور بها ويمكن الجواب عنه بمنع جريان قوله لو جاز لشاركه في المقبوض في صورة الإقالة في العين بناء على جواز تفرد أحدهما بالرفع في العين كما فهم من قول المصنف بخلاف شراء العين وهذا لأن المسلم فيه صاروا جميعاً بالعقد والعقد فام بهما فلا يتفرد أحدهما برفعه فلم يوجب جد المعنى المذكور في تلك الصورة فلا انتقاض بها تأمل وتف

فصل في التخرج في التخرج تفاعل من الخروج ومعناه أن يتصلح الورثة على إخراج بعضهم من الميراث بشئ معلوم وانما أخره لوقوعه إذ قلما يرضى أحد أن يخرج من البين بغير استيفاء نصيبه أو لوقوعه بعد الحياة (قوله وفيه أتر عثمان رضي الله عنه فإنه صالح غامض لا يشجعية أمر أتر عبد الرحمن بن عوف رضي الله عنه عن ربع ثمانين ألف دينار) قال في غاية البيان والاصل في جواز التخرج ما روى محمد بن الحسن في الأصل في أول كتاب الصلح عن أبي يوسف عن حدثه عن عمرو بن دينار عن ابن عباس أن إحدى نساء عبد الرحمن بن عوف صالحوها على ثلاثة وثمانين ألفاً على أن أخرجهما من الميراث وقال محمد أيضاً حدثنا أبو يوسف عن حدثه عن عمرو بن دينار عن ابن عباس أنه قال بتخرج أهل الميراث وكذلك روى الحائكم الشهيد عن عمرو بن دينار أن إحدى نساء عبد الرحمن بن عوف صالحوها على ثلاثة وثمانين ألفاً على أن أخرجهما من الميراث وقد أثبت شمس الأئمة السرخسي وعلاء الدين السيوطي في شرح الكافي لفظ الكافي كافي من غير تغيير إلا أن شمس الأئمة السرخسي قال وهي غامضة كان طلقها في مرضه فاختلف الصحابة في ميراثها منه ثم صالحوها على الشطر وكانت له أربع نسوة وأولاد فخطها ربع الثمن جز من اثنين وثلاثين جزاً فصالحوها على نصف ذلك وهو جزء من أربعة وستين جزاً وأخذت بهذا الحساب ثلاثة وثمانين ألفاً وقد روى محمد الألف مطلقاً ولم يفسر أنها إنداهم أو دناسير وذ كر ثلاثة قبل الثمانين ولم يذ كر أن عبد الرحمن عن كم نسوة مات وصاحب الهداية لم يذ كر الثلاثة قبل الثمانين وفسر الثمانين بالدينار

وأخذت بهذا الحساب ثلاثة وثمانين ألفاً ولم يفسر ذلك في الكتاب وذكر في كتب الحديث ثلاثة وثمانين ألف دينار إلى

فصل في التخرج (قوله ووجه تأخير قوله وقوعه) أقول ويجوز أن يكون التأخير لاختصاصه بتركة الميت (قوله وقيد بذلك الخ) أقول أشار بقوله بذلك إلى قوله حال كون التركة عقاراً الخ (قوله صالحوها) أقول الغمض في قوله صالحوها راجع إلى إحدى نساء (قوله وهي غامضة) أقول هذا الكلام إلى قوله وثمانين ألف دينار ذكره شمس الأئمة السرخسي في شرح المبسوط وأراد بالكتاب المبسوط وانما كتبت هذا لئلا يتوهم أن المراد بالكتاب الهداية ويعترض على الشارح بأنه مفسر فيه كإفعاله البعض ثم قوله ولم يفسر ذلك في الكتاب يعني لم يفسر محمد في مبسوطه

وان كانت التركة فضة فأعطوه مذهباً أو بالعكس جازلاً به بيع الجنس بخلاف الجنس فلا يعتبر التساوي لكن يعتبر القبض في المجلس لكونه صراحة غير ان الوارث الذي في يده بقية التركة ان كان جاحداً لكونها في يده يكتفي بذلك القبض أي القبض السابق لانه قبض ضمان فينوب عن قبض الصلح والاصل في ذلك انه متى تجانس القبضان بأن يكونا قبض أمانة أو قبض ضمان ناب أحدهما من باب الآخر أما اذا اختلفا فالمضمون ينوب عن غيره دون العكس فأما اذا كان الذي في يده بقية مائة مائة لا بد من تجديد القبض وهو الانتهاء الى مكان يتمكن من قبضه لانه قبض أمانة فلا ينوب عن قبض الصلح (وان كانت التركة ذهباً وفضة وغير ذلك فصالحوه على أحد النقيدين فلا بد أن يكون ما أعطوه أكثر من نصيبه من ذلك الجنس ليكون نصيبه بمثل الزيادة بحقه من بقية التركة) فان كان مساوياً بالنصيب أو أقل أو لا يعلم مقدار نصيبه بطل الصلح لوجود الرأيا أما اذا كان مساوياً بالزيادة العروض وإذا كان أقل فلزيادة العروض وبعض الدراهم وان كان مجهولاً ففيه شبهة ذلك فتعذر نصيبه بطريق المعاوضة ولا يصح بطريق الاراء أيضاً الماسر ولا بد من التقابض فيما يقابل حصته من الذهب والفضة لانه صرف في هذا القدر وقيل بطلان الصلح على مثل نصيبه أو أقل من الدراهم حالة التصديق أما اذا ادعت ميراث زوجها وانكر الورثة الرجعية فصالحوه على أقل من نصيبها (٥٣) من المهور والميراث جازلان المدفوع اليها حينئذ لقطع المنازعة

ولاقتداءه باليمين وليس ذلك ربا ولو كان بدل الصلح عرضاً جازماً مطلقاً قل أو كثر وجد التقابض في المجلس أولاً ولو كانت التركة دراهم ودنانير وبدل الصلح كذلك جاز كيفما كان صرفاً للجنس الى خلافه كافي البيع لكن لا بد من القبض في المجلس لكونه صرفاً قال (واذا كان في التركة دين على الناس الخ) وإذا كان في التركة دين على الناس فادخلوه في الصلح على أن يخرجوا من مصالحهم عن الدين ويكون الدين لهم فإلصاقه بطل) لان فيه تمليك الدين من غير من عليه وهو حصة المصالح (وان شرطوا أن يبرأ الغرماء منه ولا يرجع عليهم بنصيب المصالح فالصلح جائز) لانه اسقاط وهو تمليك الدين من عليه الدين وهو جائز وهذه حيلة الجواز وأخرى أن يجعلوا قضاء نصيبه متبرعين

قال (وان كانت التركة فضة فأعطوه مذهباً أو كان ذهباً فأعطوه فضة فهو كذلك) لانه يبيع الجنس بخلاف الجنس فلا يعتبر التساوي ويعتبر التقابض في المجلس لانه صرف غير أن الذي في يده بقية التركة ان كان جاحداً يكتفي بذلك القبض لانه قبض ضمان فينوب عن قبض الصلح وان كان مقراً لا بد من تجديد القبض لانه قبض أمانة فلا ينوب عن قبض الصلح (وان كانت التركة ذهباً وفضة وغير ذلك فصالحوه على ذهب أو فضة فلا بد أن يكون ما أعطوه أكثر من نصيبه من ذلك الجنس حتى يكون نصيبه بمثل الزيادة بحقه من بقية التركة) احترازاً عن الرأيا ولا بد من التقابض فيما يقابل نصيبه من الذهب والفضة لانه صرف في هذا القدر ولو كان بدل الصلح عرضاً جازماً مطلقاً لعدم الرأيا ولو كان في التركة دراهم ودنانير وبدل الصلح دراهم ودنانير أيضاً جاز الصلح كيفما كان صرفاً للجنس الى خلافه كافي البيع لكن يشترط التقابض للصرف قال (واذا كان في التركة دين على الناس فادخلوه في الصلح على أن يخرجوا المصالح عنه ويكون الدين لهم فالصلح باطل) لان فيه تمليك الدين من غير من عليه وهو حصة المصالح (وان شرطوا أن يبرأ الغرماء منه ولا يرجع عليهم بنصيب المصالح فالصلح جائز) لانه اسقاط وهو تمليك الدين من عليه الدين وهو جائز وهذه حيلة الجواز وأخرى أن يجعلوا قضاء نصيبه متبرعين

الى هنا لفظ غاية البيان وهذا سطر ما ذكر في جملة الشرع وهو ما غلبناه ذكر في سائر الشرع أنه ذكر في كتب الحديث ثلاثة وعشرين ألف دينار (قوله وان كانت التركة فضة وذهباً وغير ذلك فصالحوه على ذهب أو فضة فلا بد أن يكون ما أعطوه أكثر من نصيبه من ذلك الجنس حتى يكون نصيبه بمثل الزيادة بحقه من بقية التركة احترازاً عن الرأيا) أما اذا كان ما أعطوه أقل من نصيبه من ذلك الجنس فلا يجوز الصلح لانه تبقى الزيادة على المأخوذ من جنس ذلك ومن غير جنسه خالصة عن العوض وكذلك

قال المصنف (واذا كان في التركة الى قوله فالصلح باطل) أقول قال الكافي في الكل في العين والدين اما في الدين فليكونه ملك الدين من غير من عليه الدين واما في العين فلا تحاد الصفقة وفي ميسر شيخ الاسلام وهذه المسئلة ترد فقضى على أبي يوسف ومحمد فيما اذا أسلم خنطة في شعيرة أو زيت حيث قال ايصح في حصة الزيت وينقص في حصة الشعيرة وهذا أسد الكل وهذا مما يحفظ وفي الكافي قيل هذا عند أبي حنيفة وأما عندهما بقي العقد صحيحاً فيما وراء الدين وقيل هو قول الكل والفرق لهما أن يبيع الدين باطل لا فاسد فصار كبيع الحرو والقرن بثن واحد انتهى فظهر مما في الكافي جواب نقض شيخ الاسلام خواهر زاده فليتنا مل ثم ان عبارة المصالح في قول المصنف على ان يضر حوا المصالح عنه بكسر اللام على صيغة اسم الفاعل

وفي الوجهين ضرر ببقية الورثة والاوجه أن يقرضوا المصالح مقدار نصيبه ويصالحوا عمارا والدين
ويحيلهم على استيفاء نصيبه من الغرماء

وفي الوجهين ضرر ببقية
الورثة) أما في الوجه الاول
فلان بقية الورثة لا يمكنهم
الرجوع على الغرماء وفي
الوجه الثاني لزوم النقد
عليهم بمقابلة الدين الذي هو
نسبته والنقد خير من
التسبئة (والاوجه أن
يقرضوا المصالح مقدار
نصيبه ويصالحوا عمارا
الدين ويحيل الورثة على
استيفاء نصيبه من الغرماء
قال المصنف (وفي الوجهين
ضرر ببقية الورثة) أقول
قال في الكفاية لعدم
رجوعهم على الغرماء انتهى
هذا والحق لا ما في سائر
الشروح من لزوم النقد
بالتسبئة في الصورة الثانية
اذ لا نسبئة عند التبرع
فليتأمل (قوله وفي الوجه
الثاني لزوم النقد عليهم)
أقول فيه بحث

إذا كان ما أعطوه مثل نصيبه من ذلك الجنس فلا يجوز الصلح لانه تبقى الزيادة على المأخوذ من جنس ذلك
ومن غير جنسه خالية عن العوض فتعذر تجوز به بطريق المعاوضة في هاتين الصورتين لزوم
الرجوع لا يصح تجوز به بطريق الإبراء عن الباقي أيضا لان التركة عين والبراءة عن الاعيان باطل كذا في
الذخيرة وفي كثير من شروح هذا الكتاب (أقول) عدم صحة تجوز بذلك بطريق الإبراء عن الباقي
منطوق فيه عندى لان الإبراء عن نفس الاعيان وان كان باطلا لان البراءة عن دعوى
الاعيان صحة كما صرحوا به وقد مر في الكتاب فلم لا يصح تجوز الصلح على الأقل أو المثل فيما نحن فيه
بطريق البراءة عن دعوى الباقي وحل كلام العاقل على الصحة واجب مهما أمكن فان قلت قدمر
في الكتاب أنه لو ادعى دارا فصالح على قطعة منها لم يصح الصلح لان ما قبضه عين حقه وهو على دعواه في
الباقي وما نحن فيه تفسير تلك المسئلة فإذا لم يصح الصلح هناك فكيف يصح ههنا قلت قدمر أيضا
في الشروح هناك أن ما ذكر جواب غير ظاهر الرواية وأما في ظاهر الرواية فانه يصح وقد ذكر
في الذخيرة وفي فتاوى قاضيان أيضا اختلاف جواب ظاهر الرواية وجواب غير ظاهر الرواية
في تلك المسئلة حتى قال في الذخيرة هناك وجه ظاهر الرواية أن الإبراء لا ينافي دعوى الإبراء
عن الدعوى صحيح وان كان الإبراء عن العين لا يصح وأما فيما نحن فيه فالجواب عدم صحة الصلح رواية
واحدة لا غير على ما ذكر في جميع الكتب فيرد عليه ما أوردناه من النظر كما لا يخفى وقال الحاكم أبو
الفضل انما يبطل الصلح عن مثل نصيبه من الدراهم على أقل من نصيبه من الدراهم حالة التصديق وأما
حالة المناكرة فالصلح جائز لان حالة المناكرة المعطى يعطى المال لقطع المنازعة وبغدى به عينه فلا يمكن
الرجوع كذا في الذخيرة والتمتة ونقل عنهما في النهاية ومعراج الدراية وقال الامام علاء الدين الاسيحي في
في شرح الكافي للحاكم الشهيد قال أبو الفضل يعني الحاكم الشهيد انما يبطل الصلح على أقل من نصيبها
من العين في حالة التصديق أما في حالة المناكرة فالصلح جائز لانه ان لم يمكن تصحيحه معاوضة يمكن تصحيحه
اسقاطا ثم قال الامام الاسيحي والصلح باطل في الوجهين لانه يكون معاوضة في حق المدعى
فيدخل فيه معنى الراب من الوجه الذي قلنا انتهى وهكذا نقل عنه في غاية البيان وقال الامام فخر
الدين قاضيان في فتاواه قال الحاكم الشهيد انما يبطل الصلح على أقل من حصتها من مال الرابا في حالة
التصادق أما في حالة الجور والمناكرة يجوز الصلح ووجه ذلك ان في حالة الانكار ما يؤخذ لا يكون بدلا في
حق الاخذ ولا في حق الدافع انتهى كلامه (أقول) في الوجه الذي ذكره قاضيان إشكال لان عدم
كون المأخوذ بدلا في حق الدافع ظاهر مسلم وأما عدم كون ذلك بدلا في حق الاخذ فنوع فان قلت انما
لا يكون المأخوذ بدلا في حق الاخذ أيضا لا مكان تصحيح هذا الصلح بدون الحل على المعاوضة بمحمله على
أخذ عين الحق في قدر المأخوذ واسقاط الحق في الباقي كما قالوا في الصلح عن الدين بأقل من جنسه
قلت الكلام في الصلح عن اعيان التركة والبراءة عن الاعيان باطل على ما صرحوا به فلو أمكن
تصحيح هذا الصلح في حالة المناكرة بمحمله على أخذ بعض الحق واسقاط بعضه الا آخر لا يمكن
تصحيحه في حالة التصديق أيضا ذلك الطريق لعدم الفارق بين الحالتين في ذلك المعنى قطعاً وقد أجمعوا
على عدم إمكان تصحيحه أصلا في حالة التصديق نعم بقي لنا الكلام في هذا المقام بأنه لم لا يجوز تصحيح هذا
الصلح في الحالتين مع محمله على البراءة من دعوى الباقي من اعيان التركة لانه نفس تلك الاعيان
والباطل هو الثاني دون الاول كما قررناه من قبل (قوله وفي الوجهين ضرر ببقية الورثة) لعدم

ولولم يكن في التركة دين وأعيانها غير معلومة والصلح على المكيل والموزون قيل لا يجوز لاحتمال الربا

رجوعهم على الغرماء كذا في الكفاية وشرح تاج الشريعة وقالوا في سائر الشروح أما في الوجه الاول فان بقية الورثة لا يمكنهم الرجوع على الغرماء وفي الوجه الثاني لزوم النقد عليهم عقابا للدين الذي هو نسيئة والنقد خير من النسيئة انتهى قال بعض الفضلاء بعد نقل المعنى الاول عن الكفاية هذا هو الحق لا ما في سائر الشروح من لزوم النقد بالنسيئة في الصورة الثانية اذ لا نسيئة عند التبرع فليستأمل انتهى (أقول) قد يكون التبرع في نفس المال بأن يعطيه على أن لا يأخذ عنه ولا بدله من بعد وقد يكون في نقده وتجهيله بأن يعطيه في الحال عند عدم وجوب اعطائه عاجلا عليه وهذا لا ينافي أن يأخذ عنه أو بدله في الآجل فلما كان قول المصنف في الوجه الثاني متبرعين محتملا لكل واحدة من صورتي التبرع جعله بعض الشراح على الصورة الاولى لتبادرها ففسر ضرورة بقية الورثة في الوجهين معا بعدم رجوعهم على الغرماء وجعلها أكثر الشراح على الصورة الثانية لقلة الضرر فيها وتفاخس الضرر في الصورة الاولى ففسروا الضرر في الوجهين بالمعنيين المختلفين فقول ذلك القائل في الرد عليهم اذ لا نسيئة في التبرع ناشئ من الغفول عن الصورة الثانية للتبرع واعلم أن صدر الشرع جعل هذا الوجه الثاني في شرح الوفاية على ما جعل عليه أكثر شراح هذا الكتاب حيث قال والثانية ان بقية الورثة يؤدون الى المصالح نصيبه نقدا ويحمل لهم حصته من الدين على الغرماء وفي هذا الوجه يتضرر بقية الورثة لان النقد خير من الدين انتهى ولكن خالف في توجيه الوجه الاول صاحب الهداية وشرح كتابه فاطبة وسائر المحققين كما صاحب الكافي وغيره حيث قال الحيلة الاولى أن يشترطوا أن يبرئ المصالح الغرماء عن حصته من الدين ويصالح عن أعيان التركة بمال وفي هذا الوجه فائدة لبقية الورثة لان المصالح لا يبقى له على الغرماء حق لان حصته تصير لهم انتهى كلامه (أقول) فيه بحث لان ما ذكره انما يفيد ثبوت الفائدة للغرماء لبقية الورثة فان قيل اذ لم يبق للمصالح على الغرماء حق يسهل للغرماء أداءه حصص بقية الورثة فيحصل من هذه الجهة فائدة لبقية الورثة قلنا ان حصل لهم فائدة من تلك الجهة يحصل لهم الضرر من جهة أن حصصة المصالح لا تصير لهم فقولنا لأن حصته تصير لهم جهة عليه لانه فلا وجه لذكره في تعليل فائدة بقية الورثة ثم ان صاحب الاصلاح والابصاح زاد في الظهور نعمة حيث قال في هذا المقام وفي هذا الوجه نوع ضرر لسائر الورثة حيث لا يمكنهم الرجوع على الغرماء بقدر نصيب المصالح ونوع نفع لهم حيث لا يبقى للمصالح حق على الغرماء فنقصان ذلك الضرر يجبرهم على النفع وقال في حاشيته فيه دخل لصاحب الهداية حيث اعتبر الضرر المذكور ولم يعتبر النفع وصدر الشرع عكس انتهى (أقول) فيه أيضا بحث اذ لا يخفى على الفطن ان عدم تمكن سائر الورثة من الرجوع على الغرماء بقدر نصيب المصالح وضياع ذلك القدر من مال التركة بالكلية ضرر فاحش لهم لا يجبر عجزاً أن لا يبقى للمصالح حق على الغرماء فان النفع فيه لسائر الورثة أمر وهمي من جهة تأديه الى سهولة أداء الغرماء حصص باقي الورثة فأين هذا من ذلك فالحق ما ذكره صاحب الهداية (قوله ولولم يكن في التركة دين وأعيانها غير معلومة والصلح على المكيل والموزون قيل لا يجوز لاحتمال الربا) بين هذا في كثير من الشروح بأن كان له في التركة مكيل أو موزون ونصيبه من ذلك مثل بدل الصلح أو أقل وهكذا في الذخيرة أيضا (أقول) فيه خلل لان نصيبه من ذلك اذا كان أقل من بدل الصلح لا يلزم الربا اذ يكون نصيبه من ذلك حينئذ بعثله من بدل الصلح ويكون زيادة البذل بحقه من بقية التركة كما مر في الكتاب كما اذا كانت التركة فضة وذهباً وغير ذلك فصالحوه على ذهب أو فضة من أنه لا بد أن يكون ما أعطوه أكثر من نصيبه من ذلك الجنس حتى يكون نصيبه بمثل الزيادة

ولولم يكن في التركة دين
وأعيانها غير معلومة
والصلح على المكيل
والموزون قيل لا يجوز
لاحتمال الربا وهو قول
الشيخ الامام ظهير الدين
المرغيناني بأن كان في
التركة مكيل أو موزون
ونصيبه من ذلك مثل بدل
الصلح أو أقل

يكون نصيبه من ذلك أكثر مما أخذ أو أقل ففيه شبهة الشبهة وليست بمعتبرة (ولو كانت التركة غير المكمل والموزون لكنها أعيان غير معلومة) فصالحوا على مكمل أو موزون أو غير ذلك (وقيل لا يجوز لكونه بيعاً) إذ لا يصح أن يكون إبراء (لان المصالح عنه عين) والبراء عن العين لا يجوز وإذا كان بيعاً كانت الجاهالة مانعة (وقيل يجوز وهو الأصح لانها ليست بمفضضة الى التزاع لقيام المصالح عنه في يد بقية الورثة) فمائة احتياج الى التسليم حتى يفضى الى التزاع حتى لو كان بعض التركة في يد المصالح ولا يعلمون مقداره لم يجز لاحتياجه الى ذلك وان كان على الميت دين فامان يكون مستغنياً أو غيره ففي الأول لا يجوز الصلح ولا القسمة لان الوارث لم يملك التركة وفي الثاني لا ينبغي أن يصلحوا ما لم يقضوا دينه فتقدم حاجة الميت ولو فعلوا فلا يجوز وأما القسمة فقد قال الكرخي انها لا تجوز استحصانا ونحو قياسا وجه الاستحصان أن الدين يمنع تحلل الوارث اذ ما من جزء الا وهو مشغول بالدين فلا تجوز القسمة قبل قضائه

وقيل يجوز لانه شبهة الشبهة ولو كانت التركة غير المكمل والموزون لكنها أعيان غير معلومة قبل لا يجوز لكونه بيعاً المصالح عنه عين والأصح أنه يجوز لانها لا تنفي الى المنازعة لقيام المصالح عنه في يد البقية من الورثة وان كان على الميت دين مستغرق لا يجوز الصلح ولا القسمة لان التركة لم يملكها الوارث وان لم يكن مستغنياً لا ينبغي أن يصلحوا ما لم يقضوا دينه فتقدم حاجة الميت ولو فعلوا فلا يجوز وذكر الكرخي رحمه الله في القسمة أنها لا تجوز استحصانا ونحو قياسا

بحقه من بقية التركة احترازاً عن الربا فالحق في البيان ههنا أن يقال بأن كان في التركة مكمل أو موزون ونصيبه من ذلك متمثل بدل الصلح أو أكثر وقد أصاب صاحب غاية البيان حيث علل قوله لاحتمال الربا بقوله لانه يجوز أن يكون في التركة كيلي أو زني وبدل الصلح مثل نصيب المصالح من ذلك أو أقل لان ما زاد على بدل الصلح من نصيب المصالح يكون ربا انتهى فانه اعتبر القسمة في جانب بدل الصلح لافي جانب نصيب المصالح من ذلك على عكس ما اعتبره الآخرون وكان صاحب الكافي تنبيه أيضاً لما ذكرناه من الخلل فاكفى بذلك حيث قال في تعليل هذا القيل لاحتمال أن يكون في التركة مكمل أو موزون ونصيبه من ذلك متمثل بدل الصلح فيكون ربا انتهى واقتضى أثره صاحب معراج الدرابة ولكن الاوجه أن يزاد عليه قيداً أو أكثر كما تبين عليه أنفالا وفيه توسيع دائرة احتمال الربا كما لا يخفى (قوله وقيل يجوز لانه شبهة الشبهة) لاحتمال أن لا يكون في التركة من ذلك الجنس وان كان فيحتمل أن يكون نصيبه من ذلك أكثر مما أخذ أو أقل فميشبه شبهة الشبهة وليست بمعتبرة كذا في العناية وعلى هذا المنوال ذكر في الذخيرة وكثير من الشروح وكتب بعض الفضلاء على قول صاحب العناية فيحتمل أن يكون نصيبه من ذلك أكثر أو أقل فيه بحث أقول لعل مراده بالبحث أنه على تقدير أن يكون نصيبه أقل مما أخذه لا يلزم الربا بالبيان فيما مر فلا وجه لذكره في أثناء بيان احتمال الربا ولكنه ساقط ههنا لان مراد صاحب العناية وغيره فيحتمل أن يكون نصيبه من ذلك أكثر فيلزم الربا أو أقل فلا يلزم الربا الا أنه على كل تقدير يلزم الربا فانهم يصددون بيان شبهة الشبهة التي ليست بمعتبرة فلا بد لهم من بيان احتمال كل واحد من جانبي العصة والفساد لا ترى الى قولهم لاحتمال أن لا يكون في التركة من ذلك الجنس فان هذا الاحتمال احتمال جانب العصة قطعاً كيف ولو كان الاحتمال مقصوراً على جانب الفساد لكان اللازم حقيقة الربا لا شبهة الربا فضلاً عن شبهة شبهة نأمل توقف ثم اعلم أن صاحب الاصلاح والايضاح بعد ما بين الاختلاف في هذه المسئلة على ما ذكر في الكتاب قال ولقائل أن يقول حق الجواب التفصيل بأن يقال ان كان في التركة جنس بدل الصلح لا يجوز وان لم يكن يجوز وان لم يدر حال التركة فعلى الاختلاف انتهى كلامه (أقول) فيه نظراً ما أوالا فلانه لا احتياج ههنا الى ما ذكره من التفصيل أصلاً لاذ الشقان الاولان من تفصيله قد استغنى عنهما بالثلاثين المذكورين سابقاً على الاستقلال احدهما قوله وان كانت التركة فضة وذهباً وغير ذلك فصالحوه على ذهب أو فضة الخ وأخرا عما قوله في أول الفصل وإذا كانت التركة بين ورثة فأخرجوا أحدهم منها بمال أعطوه اياه والتركه عقاراً وعروض جاز قليلاً كان ما أعطوه اياه أو كثيراً وأما ما يافلان التفصيل الذي ذكره لا يخلو عن احتمال لان قوله ان كان في التركة جنس بدل الصلح لا يجوز لا يصح على إطلاقه فانه اذا كان في التركة جنس بدل الصلح ولكن كان ما أعطوه أكثر قدراً من نصيب المصالح من ذلك الجنس يجوز الصلح قطعاً كما مر مفصلاً وممدلاً وكذا اذا كان في التركة جنس بدل الصلح ولكن كان فيها دراهم ودينار وكان بدل الصلح دراهم ودينارين

كتاب المضاربة

المضاربة مشتقة من الضرب في الأرض مسمى بها

أيضا يجوز الصلح قطعا كما مر أيضا مستوفى وأما ثالثا فلان مسئلتنا هذه لا تقبل التفصيل المذكور جدا إذ قد اعتبر فيها كون أعيان التركة غير معلومة فان عبارة هذا الكتاب في هذه المسئلة هكذا ولو لم يكن في التركة دين وأعيانها غير معلومة والصلح على المكبل والموزون قبل لا يجوز وقيل يجوز عبارة الوقاية وكذا عبارة متن ذلك القائل في هذه المسئلة هكذا وفي صحة الصلح عن تركه جهلت على مكبل أو موزون اختلاف انتهى فكيف يتصور في هذه الصورة التفصيل المزبور فهلا هي منحصر في الشق الثالث منه وهو ما لم يدر حال التركة فالجواب بالاختلاف لا غير على ما ذكر في الكتب المعتبرة عامة

كتاب المضاربة

كتاب المضاربة

قد ذكرنا وجه المناسبة في أول الاقرار فلا يحتاج الى الاعادة (والمضاربة مشتقة من الضرب في الأرض ومعنى هذا العقد بها

كتاب المضاربة

قد مر وجه المناسبة في أول كتاب الاقرار والمضاربة في اللغة مفاعلة من ضرب في الأرض اذا سار فيها قال الله تعالى وآخرون يضربون في الأرض يبتغون من فضل الله يعني الذين يسافرون في الأرض للتجارة وسمى هذا العقد بهذا الاسم لان المضارب يسير في الأرض غالباً طلباً للربح وفي الشريعة عبارة عن عقد على الشركة بمال من أحد الجانبين وعمل من الآخر كما سيأتي في الكتاب وقال صاحب النهاية ومن يحدو حدوه في الشريعة عبارة عن دفع المال الى غيره ليتصرف فيه ويكون الربح بينهما على ما شرطاً (أقول) فيه فتور اذا تظاهر ان المضاربة في الشريعة ليست نفس الدفع المزبور بل هي عقد يحصل قبل ذلك أو معه وركنها الايجاب والقبول بألفاظ تدل على ما نزل أن يقول رب المال دفعت هذا البك مضاربة أو مقارضة أو معاملة أو أخذ هذا المال وأعمل به على أن يمارق الله فهو بينهما على كذا ويقول المضارب قبل أن يوافق هذا المعنى وشروطها كثيرة تدرك في أثناء المسائل قال في العناية وشروطها أنواع صحيحة وهي ما يبطل العقد بفواته وفاسدة تفسد في نفسها ويبقى العقد صحيحاً كما سيأتي ذكر ذلك اهـ (أقول) فيه قصور لان الشروط الفاسدة أيضاً نوع يفسد العقد أيضاً ونوع يفسد في نفسه ويبقى العقد صحيحاً نص عليه ههنا في النهاية وسيأتي التصريح به في الكتاب أيضاً وعبارة العناية تشهر بالمحصار الشروط الفاسدة في النوع الثاني منها فكانت قاصرة وحكمها الايداع والوكالة والشركة بحسب الاوقات كما أشير اليه في المسوط والخيرية والتحفة وغيرهما على ما فصل في النهاية قال في العناية وحكمها الوكالة عند الدفع والشركة بعد الربح (أقول) فيه خلل أما أولاً فلان حكمها عند الدفع هو الايداع وانما الوكالة حكمها عند التصرف والعمل كائن عليه في كثير من المعتبرات حتى المتون التي ترى الى ما قال في الوقاية وهي ايداع أو لا ونحوه كبل عند عمله وشركة ان ربح وأما ثانياً فلا شبهة لم يذكر الايداع عند بيان حكمها وهو حكم لها أيضاً ثبت بها أولاً على ما صرح به في عامة الكتب وقال في الكافي والكفاية وحكمها أنواع ايداع ووكالة وشركة واجارة وغصب (أقول) فيه أيضاً خلل لان معنى الاجارة انما يظهر اذا فسدت المضاربة ومعنى الغصب انما يتحقق اذا خالف المضارب فكان متعدياً كما سيأتي وكلا الأمرين ناقض لعقد المضاربة منافي لصحتها فكيف يصح أن تجعل الاجارة والغصب حكماً من أحكامها وحكم الشيء ما ثبت به والذي ثبت عننا فيه لا ثبت به قطعاً لا يقال ان الاجارة والغصب وان لم يصلحاً أن يجعل احكاماً للمضاربة الصحيحة إلا أنها ما يصلح أن يجعل احكاماً للمضاربة الفاسدة فمن أدرجهما في احكام المضاربة يريدياً احكامها احكام مطلق المضاربة صحيحة كانت أو فاسدة لانا نقول لاشك ان ما ذكره في قرائنها من ركنها وشروطها وغيرهما انما يراد به ما كان للمضاربة الصحيحة لا غير ففي احكامها أيضاً لا بد أن يكون كذلك ولتنسجم صحة التعميم

لان المضارب يسير في الارض غالباً بالربح (قال الله تعالى وآخرون يضررون في الارض ينتغون من فضل الله وفي الاصطلاح دفع المال الى من يتصرف فيه ليكون الربح بينهما على ما شرطوا) ومشروعية الحاجة اليها فان الناس بين غنى بالمال غنى عن التصرف فيه وبين مهتدي التصرف صفر اليد) أي خالي اليد عن المال فكان في مشروعية النظام مصلحة الغني والذكي والفقير والغني وفي الحقيقة راجع الى ما ذكرنا غير مرة من سبب المعاملات وهو تعلق البقاء المقدور بتعاطيها وركن استعمال ألفاظ تدل على ذلك مثل دفعت اليك هذا المال مضاربة أو مقارضة أو معاملة أو أخذ هذا المال أو عمل به على ان ما رزق الله فكذا وشروطها فروع صحيحة وهي ما يبطل العقد بقواته وفاسدة في نفسها ويبقى العقد صحيحاً كما سيأتي ذكر ذلك وحكمها الوكالة عند الدفع والشركة بعد الربح (قوله وبعث النبي صلى الله عليه وسلم) بيان أن ثبوتها بالسنة والاجماع فانه صلى الله عليه وسلم بعث (والناس يباشرونه فقرروهم) على ما روى أن العباس بن عبد المطلب كان اذا دفع مضاربة شرط على المضارب أن لا يسلك به بحر او ان لا ينزل به وادى بالاشتري به ذات كبد رطب فان فعل ذلك ضمن فبلغ رسول الله صلى الله عليه وسلم فاستحسنه وتقرر بالنبي صلى الله عليه وسلم أمر الغانية من أقسام السنة على ما علم (وتعاملت به الصحابة) من غير تكدير فكان اجماعاً قال (ثم المدفوع الى المضارب (٥٨) امانة في يده الخ) المدفوع الى المضارب من المال أمانة في يده لانه قبضه

بأمر مالكة لا على وجه البذل كالمقبوض على سوم الشراء ولا على وجه الوثيقة كالرهن وكل مقبوض كذلك فهو أمانة ومع ذلك فهو وكيل فيه لانه يتصرف فيه بأمر مالكة فاذا ربح فهو شريك فيه لتملكه جزأ من المال بعمله وهو شائع في شركته واذا فسدت ظهرت الاجارة لان المضارب يعمل لرب المال لان المضارب يستحق الربح بسعيه وعمله وهي مشروعة للحاجة اليها فان الناس بين غنى بالمال غنى عن التصرف فيه وبين مهتدي في التصرف صفر اليد عنه فست الحاجة الى شرع هذا النوع من التصرف لينتظم مصلحة الغني والذكي والفقير والغني وبعث النبي صلى الله عليه وسلم والناس يباشرونه فقرروهم عليه وتعاملت به الصحابة ثم المدفوع الى المضارب بأمانة في يده لانه قبضه بأمر مالكة لا على وجه البذل والوثيقة وهو وكيل فيه لانه يتصرف فيه بأمر مالكة واذا ربح فهو شريك فيه لتملكه جزأ من المال بعمله فاذا فسدت ظهرت الاجارة حتى استوجب العامل أجر مثله واذا خالف كان غاصباً لوجود التعدي منه على مال غيره قال (المضاربة عقد على الشركة بمال من أحد الجانبين) ومراده الشركة في الربح وهو يستحق بالمال من أحد الجانبين (والعمل من الجانب الآخر) ولا مضاربة بدونها ألا ترى أن الربح لو شرط كله لرب المال كان بضاعة ولو شرط جميعه للمضارب كان قرضاً قال (ولا تصح الا بالمال الذي تصح به الشركة) وقد تقدم بيانه من قبل

في ماله فيصير ما شرط من الربح كالاجارة على عمله فلهذا يظهر معنى الاجارة اذا فسدت ويجب أجر المثل وذلك انما يكون في الاجارات واذا خالف كان غاصباً لوجود التعدي منه على مال غيره قال (المضاربة عقد على الشركة الخ) هذا تفسير المضاربة على الاصطلاح

وكان فيه نوع خفاء لانه قال عقد على الشركة ولم يعلم أن الشركة فيما اذا ففسره المصنف بقوله ومراده الشركة في الربح لا في رأس المال مع الربح أي لان رأس المال لرب المال والربح يستحق بالمال من جانب رب المال والعمل من جانب المضارب ولا مضاربة بدونها أي بدون الشركة اشارة الى انتفاء العقد باتفاقيهما لان المضاربة عقد على الشركة ولا مضاربة بدون الشركة ألا ترى أن الربح لو شرط كله لرب المال كان بضاعة ولو شرط للمضارب كان قرضاً ولا تصح المضاربة الا بالمال الذي تصح به الشركة وهو أن يكون رأس المال دراهم أو دنانير عند أبي حنيفة وأبي يوسف وأفلو سار أئمة عند محمد وعباسوا هالا تجوز وقد تقدم في كتاب الشركة

(قوله وفي الاصطلاح دفع المال الى من يتصرف فيه) أقول فيه مسامحة فان في الاصطلاح هي العقد المخصوص (قوله وركن استعمال ألفاظ تدل على ذلك) أقول لعل المراد الالفاظ المستعملة (قوله وحكمها الوكالة عند الدفع والشركة بعد الربح) أقول قال صاحب الكافي المضارب أمين أولاً لانه قبض المال باذن مالكة لا على جهة المبادلة والوثيقة بخلاف المقبوض على سوم الشراء لانه قبضه بدلاً وبخلاف الرهن لانه قبضه وثيقة وعند الشروع في العمل وكيل لانه يتصرف فيه بأمره حتى يرجع لما يلحقه من العهدة على رب المال كالوكيل الخ انتهى هذا يخالف ما في الشرع من انه وكيل عند الدفع فليتامل

ولودفع اليه عرضا وقال بعه واعمل مضاربة في ثمنه جازلان عقد المضاربة يقبل الاضافة (٥٩) من حيث انه توكيل واجارة يعني انه

مشتل على التوكيل والاجارة بالراء والاجارة بالزراى وكل منهما يقبل الاضافة الى زمان في المستقبل فيجب أن يكون عقد المضاربة كذلك لئلا يخالف السلك الجزئية فلا مانع من صحة وكذا اذا قال للمضارب اقبض مالى على فلان واعمل به مضاربة جاز لما قلنا بخلاف ما اذا قال له لما قلنا انه يقبل الاضافة بخلاف ما اذا قال اعلم بالدين الذى في ذمتك فانه لا يجوز المضاربة بالاتفاق ولكن مع اختلاف الفروع أما عند أى حنفية فلان هذا التوكيل لا يصح على ما مر في البيوع أى في باب الوكالة في البيع والشراء من كتاب الوكالة حيث قال ومن له على آخر ألف درهم فأمره أن يشتري بها هذا العبد الخ واذالم يصح كان المشتري للمشتري والدين بحاله واذا كان المشتري للمشتري كان رأس مال المضاربة من مال المضارب وهو لا يصح وأما عندهما فلان التوكيل يصح ولكن يقع الملك في المشتري لا أمر فيصير مضاربة بالعرض وذلك لا يجوز

ولودفع اليه عرضا وقال بعه واعمل مضاربة في ثمنه جازلانه يقبل الاضافة من حيث انه توكيل واجارة فلا مانع من الصحة وكذا اذا قال له اقبض مالى على فلان واعمل به مضاربة جازلانا قلنا بخلاف ما اذا قال له اعلم بالدين الذى في ذمتك حيث لا تصح المضاربة لان عند أبي حنيفة رحمه الله لا يصح هذا التوكيل على ما مر في البيوع وعندهما يصح لكن يقع الملك في المشتري لا أمر فيصير مضاربة بالعرض

كاه في الاصول فتختلف استحقاق الربح عن سعي المضارب وعمله عند عدم ظهور الربح لا يحصل بصحة الكلام المذكور أصلا (قوله ولودفع اليه عرضا وقال بعه واعمل مضاربة في ثمنه جازلانه يقبل الاضافة من حيث انه توكيل واجارة فلا مانع من الصحة) قال صاحب النهاية في بيان التعلييل أى لان عقد المضاربة مشتمل على الوكالة والاجارة كما عرف وكل واحد منهما يقبل الاضافة الى زمان في المستقبل فيجب أن يكون المشتل عليهما وهو عقد المضاربة قابلا للاضافة الى زمان في المستقبل أيضا بخلاف السلك الجزئية اه واقفى أثره صاحب العناية في هذا البيان غير انه قال والاجارة بالراء والاجارة بالزراى (أقول) فيه بحث أما أولا فلان المضاربة مالم تفسد لم تقصر اجارة بالراء كما صرحوا به ومر في الكتاب آنفا والمدعى هنا صحة عقد المضاربة في الصورة المذكورة والمضاربة الصحيحة لا تشتمل على الاجارة بالراء أصلا بل تنافى ما قطعنا فلا معنى لدرجتها في تعلييل صحة عقد المضاربة في الصورة المزبورة وأما ثانيا فلان لزوم عدم مخالفة السلك للجزء ممنوع فانا نعلم قطعا مخالفة السلك لاجزائه الخارجية والعقلية في كثير من الاحكام الا يرى ان الواحد جزء من الاثنين والاول فرد لزوج والثاني زوج لا فرد الى غير ذلك من المخالفات البينة على ان المخالفة بين المضاربة وبين الوكالة والاجارة أيضا متحققة قطعا في كثير من الاحكام منها ان الوكيل لا يستحق الربح ولا يشترك فيه مع الموكل والمضارب يستحق ذلك ويشترك فيه مع رب المال وان الاجير يستحق الاجر ولا يستحق الربح والمضارب على العكس الى غير ذلك وأما ثالثا فلان الوكالة والاجارة لا يمتثلان للجزئية من المضاربة أما الوكالة فلا ثم اتفقوا على انها حكم من احكام المضاربة ولاشك ان حكم الشيء خارج عنه مترتب عليه لا ركن داخل فيه وأما الاجارة فلا ثم أيضا حكم من احكامها على ما ذكره البعض وشئ منافي لصحتها مصاد لها على مقتضى التحقيق كما مر وعلى كلا التقديرين لا تصلح الجزئية منها فحديث الجزئية في غشية التعلييل المزبور مما لا وجه له ولم أر احدا حوله سوى الشارحين المذكورين فالوجه في غشية ذلك تقرير صاحب الكافي حيث قال لانه لم يصف المضاربة الى العرض وانما أضاف الى غشيه والثمن مما يصح المضاربة به والاضافة الى زمان في المستقبل يجوز لانه وكالة أو ودعية أو اجارة وليس في شئ من ذلك ما يمنع صحة الاضافة الى زمان في المستقبل اه نعم فيه أيضا شئ مما مر وهو ان المضاربة اجارة بعد فسادها لا في حال صحتها فلا معنى لدرج الاجارة في تعلييل صحتها في الصورة المزبورة اللهم الا أن يكون درجها فيه على سبيل المبالغة كانه قيل ليس في عقد المضاربة ما يمنع عن الاضافة الى زمان في المستقبل لا في حال صحتها ولا بعد فسادها فتأمل ثم أقول بقبول بحث قوى في هذا المأثم وهو انهم اتفقوا على ان المضاربة ابداع ابتداء وتوكيل عند العمل وشركة بعد الربح وقد صرحوا في محله بان ما لا يصح اضافته الى زمان في المستقبل تسعة وعدوا منها الشركة فاذالم تصح اضافة الشركة الى زمان في المستقبل فقد وجد في المضاربة ما يمنع صحة الاضافة الى ذلك وهو الشركة فنبهني أن لا يصح عقد المضاربة في الصورة المزبورة بناء على ذلك المانع اذ لا ريب ان ارتفاع منع أمور لا يجدى عند تحقق مانع آخر (قوله لان عند أبي حنيفة رحمه الله لا يصح هذا التوكيل على ما مر في البيوع) واذالم يصح هذا التوكيل كان المشتري للمشتري والدين بحاله فكان رأس مال المضاربة من مال المضارب وهو لا يصح كذا في العناية والنهاية قال بعض الفضلاء الاظهر أن قال

للمشتري أقول والاظهر أن يقال اذالم يصح التوكيل لم تصح المضاربة لان عدم صحة الجزئية مستلزم لعدم صحة السلك

قال (ومن شرطها أن يكون الربح بينهما مباحا الخ) ومن شرط المضاربة أن يكون الربح بينهما مباحا ومعناه أن لا يستحق أحدهما دراهم من الربح مسماة لأن شرط ذلك ينافي الشركة المشروطة لجوازها والمنا في شرط جواز الشيء مناف له وإذا ثبت أحد المتناقضين انتفى الآخر كما إذا ثبت الوجود انتفى (٦٠) العدم ثم فسر ذلك بقوله (فإن شرط زيادة عشرة دراهم فله أجر مثله لفساده

لأنه ربما لا يربح إلا هذا القدر فتقطع الشركة وهذا) أي وجوب أجر المثل (لأنه) لأن الربح المال بالعقد (الربح) ينتفي به عن منافعه عوضا ولم ينل فساد العقد) ولا بد من عوض منافع تلفت بالعقد (و) ليس ذلك في الربح (لكونه لرب المال لأنه مملوكه) فحين أجر المثل وهذا التعليل يوجب ذلك في كل موضع فسدت المضاربة (ولا تجاوز بالاجر القدر المشروط عند أبي يوسف) قبل والمراد بالقدر المشروط ما وراء العشرة المشروطة لأن ذلك تغيير المشروع وكان وجوده كعدمه (وقال محمد يوجب بالغام بالغ) كما ينافي الشركة ويجب الاجر وان لم يربح في رواية الأصل لأنه لا أجر وأجرة الاجير يجب بتسليم المنافع) كافي أجير الواحد فان في تسليم نفسه تسليم منافعه (أو) بتسليم العمل (وقد وجد) ذلك

(قوله) ثم فسر ذلك بقوله (فإن شرط الخ) أقول فيه إشارة إلى أن الفاء تفسيرية (قوله والمراد بالقدر المشروط ما وراء العشرة) أقول في القاموس ورأيت ثلاثة أ

قال (ومن شرطها أن يكون الربح بينهما مباحا لا يستحق أحدهما دراهم مسماة) من الربح لأن شرط ذلك يقطع الشركة بينهما ولا بد منها كافي عقد الشركة قال (فإن شرط زيادة عشرة فله أجر مثله) لفساده فلعله لا يربح إلا هذا القدر فتقطع الشركة في الربح وهذا لأنه انتفى عن منافعه عوضا ولم ينل لفساده والربح لرب المال لأنه مملوكه وهذا هو الحكم في كل موضع لم تصح المضاربة ولا تجاوز بالاجر القدر المشروط عند أبي يوسف خلافا لمحمد كما ينافي الشركة ويجب الاجر وان لم يربح في رواية الأصل لأن أجر الاجير يجب بتسليم المنافع أو العمل وقد وجد

أذا لم يصح التوكيل لم تصح المضاربة لأن عدم صحة الجزء مستلزم لعدم صحة الكل اه (أقول) قد مر من أن حديث كون الوكالة جزءا من المضاربة ليس بصحيح فانهم صرحوا بأن الوكالة تحكم من أحكام المضاربة مترتبة على صحة عقد المضاربة ثابت عند تصرف المضارب في مال المضاربة لا قبله فلا مجال لأن تكون جزءا منها فلا بد في بيان بطلان المضاربة في الصورة المزبورة على تقدير بطلان ذلك التوكيل عند أبي حنيفة من المصير إلى ما ذكره صاحب العناية والنهاية نعم أنهم قالوا أيضا بجزئية الوكالة من المضاربة فهم امرؤ ولكنهم ما أصابوا في ترك ذلك ههنا (قوله) فإن شرط زيادة عشرة فله أجر مثله) ذهب عامة الشراح إلى أن هذا تفسير للمسألة المتقدمة والفاء في قوله فان شرط للتفسير وزيادة عشرة أي على ما شرطنا كالنصف والثلث فله أي فله عامل (أقول) فيه نظر لأن هذه المسألة التي هي مسألة الجامع الصغير لا تصلح أن تكون تفسير للمسألة المتقدمة التي هي مسألة مختصر القدوري لوجهين أحدهما أن المسألة الأولى أعم من المسألة الثانية لأن اشتراط دراهم مسماة لأحدهما ينشئ في صور متعددة مذكورة في معتبرات الفتاوى كالبداية والذخيرة وغيرهما منها أن شرط أن يكون لأحدهما مائة درهم من الربح أو أقل أو أكثر والباقي للآخر ومنها أن شرط لأحدهما نصف الربح أو ثلثه أو العشرة دراهم ومنها أن شرط لأحدهما نصف الربح أو ثلثه ويزاد عشرة وفي كل ذلك نفى المضاربة بناء على أن كل واحد من الشروط المزبورة يقطع الشركة في الربح لأنه ربما لا يربح إلا القدر المسمى أو أقل كما صرحوا به وأما اشتراط زيادة عشرة فاعلم أي تنشئ في صورة فالتنمين الصور المذكورة فكيف يكون الاختصاص مفسرا للأعم وثانيهما أن حكم المسألة الأولى فساد عقد المضاربة باشتراط دراهم مسماة لأحدهما وحكم المسألة الثانية وجوب أجر المثل للعامل فكيف يكون أحد المختلفين في الحكم مفسرا للآخر فالحق عندى أن الفاء في قوله فان شرط زيادة عشرة لا تنزع والمقصود بالمسألة الأولى بيان أن عقد المضاربة يفسد باشتراط دراهم مسماة لأحد المتعاقدين وبالثانية بيان أن حكم المضاربة الفاسدة وجوب أجر المثل للعامل فكأنه قال إذا عرفت فساد عقد المضاربة باشتراط دراهم مسماة لأحدهما فاعلم أن حكم فساد عقد المضاربة باشتراط ذلك وجوب أجر المثل للعامل لأنه ذكر في التفريع صورة اشتراط زيادة عشرة لكونه هي المذكورة في الجامع الصغير على مبدل التمثيل لا على سبيل الحصر فيها ومن عادة المصنف أن لا يغير المسألة التي أخذها من الجامع الصغير أو من مختصر القدوري ولكن دفع احتمال توهم اختصاص ذلك الحكم بالصورة

المذكورة خربنية والوراء هموز لا معتل ووهو الجوهرى ويكون خلف وأمام ضد يؤنث انتهى فوراء ههنا بمعنى القدام والمراد بما وراء العشرة ما شرط من الربح لأحدهما من الثلث والنصف إذا العشرة زائدة على مشروط من الشركة في الربح (قوله) لأن ذلك تغيير المشروع (أقول) أي شرط العشرة

(وعن أبي يوسف لا يجب) له شيء إذا لم يرج (اعتباراً بالمضاربة الصحيحة) فإنه فيها إذا لم يرج لا يستحق شيئاً (مع أنها فوق الفاسدة) ففي الفاسدة أولى فان قيل ما جواب وجه ظاهر الرواية عن هذا التعليل فإنه قوي فان العقد الفاسد يؤخذ حكمه من الصحيح من جنسه كافي البيع الفاسد أوجب بأن الفاسد انما يعتبر بالجائز إذا كان انعقاد الفاسد مثل انعقاد الجائز كالبيع وههنا المضاربة الصحيحة تنعقد شركة لا اجارة والفاسدة تنعقد اجارة فتعتبر بالاجارة الصحيحة في استحقاق الاجر عند ابقاء العمل وان تلف المال في يده فله أجر مثله فيما عمل والمال في المضاربة الفاسدة غير مضمون بالهلاك لوجهين أحدهما الاعتبار بالصحة (٦١) والثاني ان رأس المال عين استؤجر

المضارب ليعمل به هو لا غيره ولا يضمن كأجير الواحد وهذا التعليل يشير الى أن المضارب بمنزلة أجير الواحد من حيث أنه أجير لا يمكن له أن يؤجر نفسه في ذلك الوقت لا خزان العبن الواحد لا يتصور أن يكون مستأجر المستأجرين في الوقت الواحد كما لا يمكن أجير الواحد أن يؤجر نفسه لمستأجرين في الوقت الواحد وهذا قول أبي جعفر الهندي وقيل المذكور ههنا قول أبي حنيفة وعندهما هو ضامن إذا هلك في يده بما يمكن التحرر عنه وهذا قول الطحاوي وهذا بناء على أن المضارب بمنزلة الاجير المشترك لأنه أن يأخذ المال بهذا الطريق من غير واحد ولا يجير المشترك لا يضمن إذا تلف المال في يده من غير صنعه عند أبي حنيفة خلافاً لهما قال الامام الاميني في شرح الكافي والاصح أنه لا ضمان على قول الكل لأنه أخذ المال بحكم المضاربة والمال في يد

وعن أبي يوسف أنه لا يجب اعتباراً بالمضاربة الصحيحة مع أنها فوقها والمال في المضاربة الفاسدة غير مضمون بالهلاك اعتباراً بالصحة ولأنه عين مستأجرة في يده

المذكورة بأن قال بعد تعليل المسئلة وهذا هو الحكم في كل موضع لم تصح المضاربة (قوله وعن أبي يوسف أنه لا يجب اعتباراً بالمضاربة الصحيحة مع أنها فوقها) فان قلت ما جواب ظاهر الرواية عن هذا التعليل القوى لأبي يوسف رحمه الله فان العقد الفاسد يؤخذ حكمه أدامن العقد الصحيح من جنسه كافي البيع الفاسد قلت جوابه هو ان الفاسد انما يعتبر بالجائز إذا كان انعقاد الفاسد مثل انعقاد الجائز كالبيع وههنا المضاربة الصحيحة تنعقد شركة لا اجارة والمضاربة الفاسدة تنعقد اجارة فتعتبر بالاجارة الصحيحة في استحقاق الاجر عند ابقاء العمل وان تلف المال في يده فله أجر مثله فيما عمل كذا في النهاية والعناية وعزاه صاحب العناية الى المبسوط (أقول) مقتضى هذا الجواب أن لا يجوز اعتبار المضاربة الفاسدة بالمضاربة الصحيحة في شيء من الاحكام مع أنهم اعتبروها بالمضاربة الصحيحة في حكم كون المال غير مضمون بالهلاك كما ذكره المصنف متصلاً بما نحن فيه حيث قال والمال في المضاربة الفاسدة غير مضمون بالهلاك اعتباراً بالصحة نعم يمكن اثبات ذلك الحكم بدليل آخر ما له الى اعتبارها بالاجارة الصحيحة كما ذكره المصنف أيضاً بقوله ولأنه عين مستأجرة في يده لكن الكلام في جعله -م اعتباراً بالمضاربة الصحيحة دليلاً مستقلاً عليه كما هو الظاهر من عبارة الهداية والكافي وغيرهما فامل ثم ان بعض الفضلاء رد على صاحب العناية في قوله وههنا المضاربة الصحيحة تنعقد شركة لا اجارة بأنه يخالف ما أسلفه من أن عقد المضاربة مشتمل على التوكيل والاجارة (أقول) انما يخالف ذلك أن لو كان مراده بما أسلفه أن عقد المضاربة مشتمل على حال صحة التوكيل والاجارة معا وما إذا كان مراده بذلك ان عقد المضاربة مشتمل على التوكيل حال صحته وعلى الاجارة بعد فسادها فلا مخالفة بين كلاميه والظاهر هو الثاني لكونه موافقاً لما صرح به (قوله ولأنه عين مستأجرة في يده) وفي بعض النسخ عين مستأجرة يعني أن رأس المال عين استؤجر المضارب ليعمل به هو لا غيره فلا يضمن كأجير الواحد كذا في الشروح قال بعض الفضلاء فيكون مستأجرة في قول المصنف عين مستأجرة صفة جرت على غير من هي له أو هو من قبيل سبل مفعول ولعل هذا أولى انتهى (أقول) فيه ان قولهم سبل مفعول عما نعى للفعول وأسند للفاعل اذا لمفعول اسم مفعول من أفعمت الاناء مملأته وقد أسند الى الفاعل لان السبل هو المائي لا المملوء بخلاف ما نحن فيه فان رأس المال ليس بفاعل للاستعجار قطعاً كما انه ليس بفعول فكيف يكون هذا من قبيل ذلك اللهم الا أن يكون مراده بقوله أو هو من قبيل سبل مفعول أو هو من قبيل الاسناد المجازي مطلقاً لانه من قبيل خصوص الاسناد الواقع فيه فيثبت ويجوز كما أشار اليه تاج الشريعة في شرح هذا المقام حيث

المضارب همت أو فسدت أمانة لأنه لما قصد أن يكون المال عنده مضاربة فقد قصد أن يكون أميناً له ولا يجهله أميناً ولما كان من الشروط ما يفسد العقد ومنها ما يبطل في نفسه وتبقى المضاربة صحيحة أراد أن يشير الى ذلك بأمر جلي

(قوله تنعقد شركة لا اجارة) أقول يخالف ما أسلفه من أن عقد المضاربة مشتمل على التوكيل والاجارة فليتأمل (قوله والثاني ان رأس المال عين استؤجر المضارب) أقول فيكون مستأجرة في قول المصنف عين مستأجرة صفة جرت على غير من هي له أو هو من قبيل سبل مفعول ولعل هذا أولى (قوله وهذا التعليل يشير الى أن المضارب) أقول في وجه الاشارة خلفاً لا يخفى فليتأمل (قوله لأن العين الواحد الخ) أقول فيه تأمل

فقال (وكل شرط يوجب جهالة في الربح) كما إذا قال لك نصف الربح أو ثلثه وشرطاً أن يدفع المضارب داره إلى رب المال ليسكنها أو أرضه سنة ليزرعها (فانه يفسد العقد لاختلال مقصوده) وهو الربح وفي الصورتين المذكورتين جعل المشر وطمن الربح في مقابلة العمل وأجرة الدار والأرض وكانت حصته (٦٢) العمل مجهولة (وغير ذلك من الشروط الفاسدة لا يفسدها ويفسد الشرط كاشتراط الوضعية

على رب المال) أو علمها والوضعية اسم لجزءها لا من المال ولا يجوز أن يلزم غير رب المال ولما لم يوجب الجهالة في الربح لم يفسد المضاربة قبل شرط العمل على رب المال لا يوجب جهالة في الربح ولا يبطل في نفسه بل يفسد المضاربة كما سيجي فيمكن تكملة القاعدة مطردة والجواب انه قال وغير ذلك من الشروط الفاسدة لا يفسدها أي المضاربة وإذا شرط العمل على رب المال فليس ذلك بمضاربة وسلب الشيء عن المعدوم صحيح يجوز أن يقال زيد المعدوم ليس ببصير وقوله بعد هذا بخطوط وشرط العمل على رب المال مفسد لأنه مقدم مانع عن تحققه

(قوله وكانت حصته العمل مجهولة) أقول فان قيل هذه جهالة لا تفضي إلى النزاع فيدعي أن لا تكون مفسدة قلنا لعل إفسادها من حيث جواز أن لا يحصل لهن الربح الا قدر أجرة الدار والأرض فلا توجد الشركة فيه اذ لم يتعين انه أجرة الدار وحصته من الربح فهذا معنى قوله فيكون

وكل شرط يوجب جهالة في الربح يفسده لاختلال مقصوده وغير ذلك من الشروط الفاسدة لا يفسدها ويبطل الشرط كاشتراط الوضعية على المضارب

قال المستأجر في الحقيقة انما هو المضارب لكن سمي العين مستأجر العمل للمضارب فيه ا ثم ان جماعة من الشراح قالوا وهذا التعديل يشير إلى أن المضارب بمنزلة أجير الواحد من حيث انه أجير لا يمكن له أن يؤاجر نفسه في ذلك الوقت لا آخر وقال صاحب العناية والنهاية منهم في تعديل ذلك لان العين الواحد لا يتصور أن يكون مستأجر المستأجرين في الوقت الواحد كما لا يمكن لأجير الواحد أن يؤاجر نفسه مستأجرين في الوقت الواحد انتهى (أقول) فيه بحث لانه ان أريد بالعين الواحد في قولهم مالان العين الواحد لا يتصور أن يكون مستأجر المستأجرين في الوقت الواحد نفس المضارب فلان سلم ان نفسه لا يتصور أن يكون مستأجر المستأجرين في الوقت الواحد لان الأجرة اذا كانت عقداً على العمل لأعلى المنفعة يجوز أن يكون شخص واحد مستأجر الكثير من المستأجرين في وقت واحد كالقصار وراعى الغنم للعامة ونحوهما من الاجير المشترك لا مكان العمل لكل واحد منهم في ذلك الوقت وقد وقع عقد المضاربة على العمل من المضارب فجاز أن يكون مستأجر الا كثر من واحد بخلاف أجير الواحد فان الأجرة فيه كانت على المنفعة دون العمل فلا يقدر على أن يؤاجر نفسه لا آخر في الوقت الواحد كما تقر في محله وان أريد بالعين الواحد في قولهم المزبور رأس المال فسلم أن ذلك لا يتصور أن يكون مستأجر المستأجرين في وقت واحد أي أن يكون في يد كل واحد منهما ماعلان به في وقت واحد ولكن هذا لا يقتضي أن يكون المضارب بمنزلة أجير الواحد بل يران هذا المعنى في كل أجير مشترك فان ما يعمل به من الاعيان لا يتصور أن يكون في يده وفي يد غيره على الاستقلال في الوقت الواحد لا امتناع وقوع شيء واحد في عينين مختلفين في وقت واحد فلا يتم التقريب (قوله وكل شرط يوجب جهالة في الربح يفسده لاختلال مقصوده وغير ذلك من الشروط الفاسدة لا يفسدها ويبطل الشرط كاشتراط الوضعية على المضارب) قال في النهاية فان قلت هذا الكلي منقوض بما ذكر بعد هذا بخطوط وهو قوله وشرط العمل على رب المال مفسد العقد فان هذا الشرط داخل تحت ذلك الكلي لان هذا الشرط لا يوجب جهالة في الربح ومع ذلك أفسد عقد المضاربة وعلى قضية ذلك الكلي ينبغي أن لا تفسد المضاربة لانه غير الذي يوجب جهالة في الربح قلت نعم كذلك الا أنه يحتمل أن يريد بقوله وغير ذلك من الشروط الفاسدة لا يفسدها الشرط الذي لا يمنع موجب العقد وأما اذا كان شرطاً يمنع موجب العقد يفسد العقد لان العقد انما شرع لاثبات موجبته انتهى (أقول) هذا الجواب لا يشي العليل ولا يجدي طائلاً لان كون المراد بقوله وغير ذلك الشرط الذي لا يمنع موجب العقد مع أنه مجرد احتمال محض لا يدل عليه اللفظ المزبور لعمومه مفسد لما هو المقصود في القيام اذ المقصود ههنا بيان أصل ينضبط به أحوال الشروط الفاسدة في باب المضاربة فعلى تقدير أن يكون المراد بقوله وغير ذلك الشرط الذي لا يمنع موجب العقد يكون الشرط الذي يمنع موجب العقد ولا يوجب جهالة في الربح خارجاً عن قسمي هذا الأصل فلا يتحقق الانضباط فلا يتم المقصود وأجاب صاحب العناية عن السؤال المذكور بوجه آخر حيث قال قبل شرط العمل على رب المال لا يوجب جهالة في الربح ولا يبطل في

حصته العمل مجهولة فليتأمل (قوله والجواب انه قال وغير ذلك من الشروط الفاسدة) أقول فيه بحث فان هذا الكلام نفسه وان كان صحيحاً في نفسه لكن لا يناسب هذا المقام لان المعنى وغير ذلك من الشروط لا يفسد المضاربة بل تبقى المضاربة صحيحة وفسد الشرط فليست

قال (ولا بد أن يكون رأس المال مسلماً إلى المضارب الخ) لا بد أن يكون رأس المال مسلماً إلى المضارب ولا يدرب المال فيه بتصرف أو عمل لأن المال أمانة في يده فلا بد من التسليم إليه كالوديعة وهذا بخلاف الشركة لأن المال في المضاربة من جانب والعمل من جانب فلا بد من التخلص للعمل ليتمكن من التصرف فيه وبقائه غيره يمنع التخلص وأما الشركة فالعمل فيها من الجانبين فلو شرط خلوص اليد لأحدهما انتفى الشركة وشرط العمل على رب المال مفسد لأنه يمنع الخلوص فلا يتمكن المضارب من التصرف فيه فلا يتحقق المقصود وسواء كان رب المال عاقداً أو غير عاقداً كالصغير إذا دفع إليه أو وصيه ماله مضاربة وشرط عمل الصغير فإنه لا يجوز لأن يد المالك ثابتة له وبقائه غيره يمنع التسليم إلى المضارب وكذا أحد المتفاوضين وأحد شرطي العنان إذا دفع (٦٣) المال مضاربة وشرط عمل صاحبه ففسدت لقيام

ملكه وإن لم يكن عاقداً وإذا شرط العاقداً الغير المالك عمله مع المضارب فأمّا أن يكون من أهل المضاربة في ذلك المال أو لا فإن كان الأول كالأب والوصى إذا دفع مال الصغير مضاربة وشرط العمل مع المضارب جازت لأنهما من أهل أن يأخذ مال الصغير مضاربة فكانا كالأجنبي فكان اشتراط العمل عليهما مجزئاً عن المال جائزاً وإن كان الثاني كالأذن يدفع المال مضاربة ففسدت لأنه وإن لم يكن مالكا ولكن يد تصرفه ثابتة فتزل منزلة المالك فيما يرجع إلى التصرف فكان قيام يده مانعاً عن صحة المضاربة والله أعلم قال (وإذا صححت المضاربة مطلقاً الخ) المراد بالطلاق ما لا يكون مقيداً بزمان ولا مكان نحو أن يقول دفعت إليك هذا المال مضاربة ولم يزد على ذلك فيجوز للمضارب أن يبيع نقداً ونسيئةً ويشترى ما بدله من سائر

قال (ولا بد أن يكون المال مسلماً إلى المضارب ولا يدرب المال فيه) لأن المال أمانة في يده فلا بد من التسليم إليه وهذا بخلاف الشركة لأن المال في المضاربة من أحد الجانبين والعمل من الجانب الآخر فلا بد من أن يتخلص المال للعامل ليتمكن من التصرف فيه أما العمل في الشركة من الجانبين فلو شرط خلوص اليد لأحدهما لم تنعقد الشركة وشرط العمل على رب المال مفسد للعقد لأنه يمنع خلوص يد المضارب فلا يتمكن من التصرف فلا يتحقق المقصود وسواء كان المالك عاقداً أو غير عاقداً كالصغير لأن يد المالك ثابتة له وبقائه غيره يمنع التسليم إلى المضارب وكذا أحد المتفاوضين وأحد شرطي العنان إذا دفع المال مضاربة وشرط عمل صاحبه لقيام المالك وإن لم يكن عاقداً واشتراط العمل على العاقداً مع المضارب وهو غير مالك يفسده إن لم يكن من أهل المضاربة فيه كالأذن بخلاف الأب والوصى لأنهما من أهل أن يأخذ مال الصغير مضاربة بأنفسهما فكذا اشتراطه عليهما مجزئاً عن المال قال (وإذا صححت المضاربة مطلقاً جاز للمضارب أن يبيع ويشترى ويؤكل ويسافر ويبضع ويودع) لا إطلاق العقد والمقصود منه الاسترباح ولا يحصل إلا بالتجارة فينتظم العقد صنوف التجارة وما هو من صنيع التجار والتوكل من صنيعهم وكذا الإيضاع والإيداع والمسافرة لا تترى أن المودع له أن يسافر فالمضارب أولى كيف وإن اللفظ دليل عليه لأنهم مشتقة من الضرب في الأرض وهو السير وعن أبي يوسف رحمه الله أنه ليس له أن يسافر وعنه وعن أبي حنيفة رحمه الله أنه ان دفع في بلده ليس له أن يسافر لأنه تعريض

نفسه بل يفسد المضاربة كما سيجي فلم تكن القاعدة مطردة والجواب أنه قال وغير ذلك من الشروط الفاسدة لا يفسدها أي المضاربة وإذا شرط العمل على رب المال فليس ذلك بمضاربة وسلب الشيء عن المعدوم صحيح يجوز أن يقال زيد المعدوم ليس يصير وقوله بعده هذا بخلاف شرط العمل على رب المال مفسد للعقد معناه مانع عن تحققه انتهى كلامه (أقول) مضمون هذا الجواب وإن لم يكن فاسداً في نفسه إلا أنه مفسد للمعنى المقام لأن معنى القسم الثاني من الأصل المذكور على ما صرحوا به هو أن غير ذلك من الشروط لا يفسد المضاربة بل تبقى المضاربة صحيحة ويبطل الشرط وقد أشار إليه المصنف بقوله كاشتراط الوضعية على المضارب فإن الشرط هناك باطل والمضاربة صحيحة وقد كان اعترف به صاحب العناية أيضاً حيث قال أولاً ولما كان من الشروط ما يفسد العقد ومنها ما يبطل في نفسه وتبقى المضاربة صحيحة أراد أن يشير إلى ذلك بأمر جلي فقال وكل شرط يوجب جهالة في الرجح الخ ولا شك أن المضاربة المعدومة لا تندرج في هذا المعنى (قوله) وإذا صححت المضاربة مطلقاً جاز للمضارب أن يبيع ويشترى ويؤكل ويسافر ويبضع ويودع) فسر أكثر الشراح المضاربة المطلقة هي ما بأن لا تكون مقيدة بزمان

التجارات لأن المقصود هو الاسترباح وهو لا يحصل إلا بالتجارة فالعقد باطل لأنه ينتظم جميع صنوفها ويضع ما هو صنيع التجار لكونه مفضياً إلى المقصود فهو كل ويبضع ويودع لأنهم من صنيعهم ويسافر لأن المسافرة أيضاً من صنيعهم وألفظ المضاربة مشتق من الضرب في الأرض كما تقدم فكيف يمنع عن ذلك وعن أبي يوسف أنه ليس له أن يسافر وعنه وعن أبي حنيفة أنه ان دفع إليه في بلد المضارب ليس له أن يسافر لأنه تعريض على الهلاك من غير ضرورة وإن دفع إليه في غير بلده له أن يسافر إلى بلده لأنه هو المراد في الغالب إذا الإنسان لا يستديم الغربة مع إمكان الرجوع فلما أعطاه عالم بقرته كان دليل الرضا بالمسافرة عند رجوعه إلى وطنه فظاهر الرأية ما ذكر في الكتاب يريد قوله والمسافرة يعني أنهم من صنيع التجار

(ولا يجوز لأضارب أن يضارب الآن بأذن له رب المال أو يقول له اعمل برأيك لأن الشيء لا يتضمن مثله) ولا يردجوا إذن المأذون لعبده وجوازا الكتابة للكتاب والاعارة للستاجر والاعارة للستعير فيما لم يختلف باختلاف المستعملين فانها أمثال لما يجانسها وقد تضمنت أمثالها لأن المضاربة تضمنت الامانة أولا والوكيل الامانة والودع والوكيل الايداع والتوكيل فكذا المضارب لا يضارب غيره والجواب عن البواقي سيجي في مواضعها بخلاف الايداع والابضاع لانهم مدونه فيضمن ما يخلط الاقراض فانه لا يملك به وان قيل له اعمل برأيك لأن المراد منه التعميم فيما هو من صنيع التجار وليس الاقراض منه لكونه تبرعا كالهبة والصدقة فلا يحصل ما هو المقصود وهو الربح لانه لا تجوز الزيادة على القرض أما الدفع (٦٤) مضاربة والشركة والخلط على نفسه من صنيعهم فيجوز أن يدخل تحت هذا القول

يعني قوله اعمل برأيك فان قيل اذا كانت المضاربة من صنيعهم والمقصود وهو الربح يحصل لهم اتعذرت جهة الجواز فينبغي أن يترجم على جهة العدم أجب بأن كلام من جهتي الجواز والعدم صالح للعلمية فلا يترجم غيرها بما كما عرف (وان خص له رب المال التصرف في بلد بعينه أو سلعة بعينها لم يجز له أن يتجاوزها لانه توكيل) والتوكيل في شيء معين يختص به (وفي التخصيص) في بلد بعينه (فائدة) من حيث صيانة المال عن خطر الطريق وصيانة المضارب وتفاوت الاسعار باختلاف البلدان وفي عدم استحقاق النفقة في مال المضاربة اذا لم يسافر فيجب رعايتها وتوفر المأهول المقصود وهو الربح وليس له أن يضع من يخرجها من تلك البلدة لانه اذا لم يملك الاخراج بنفسه لا يملك تفويضه الى غيره

على الهالكة من غير ضرورة وان دفع في غير بلده أن يسافر الى بلده لانه هو المراد في الغالب والظاهر ما ذكر في الكتاب قال (ولا يضارب الآن بأذن له رب المال أو يقول له اعمل برأيك) لأن الشيء لا يتضمن مثله لتساويهما في القوة فلا بد من التخصيص عليه أو التفويض المطلق اليه وكان كالتوكيل فان الوكيل لا يملك أن يوكل غيره الا اذا قيل له اعمل برأيك بخلاف الايداع والابضاع لانه مدونه فيضمنه وبخلاف الاقراض حيث لا يملكه وان قيل له اعمل برأيك لأن المراد منه التعميم فيما هو من صنيع التجار وليس الاقراض منه وهو تبرع كالهبة والصدقة فلا يحصل به الغرض وهو الربح لانه لا تجوز الزيادة عليه اما الدفع مضاربة فمن صنيعهم وكذلك الشركة والخلط على نفسه فيدخل تحت هذا القول قال (وان خص له رب المال التصرف في بلد بعينه أو في سلعة بعينها لم يجز له أن يتجاوزها) لانه توكيل وفي التخصيص فائدة فيمتنع وكذا ليس له أن يدفعه بضاعة الى من يخرجها من تلك البلدة لانه لا يملك الاخراج بنفسه فلا يملك تفويضه الى غيره

ولامكان (أقول) هذا تنصير منهم جدا لانها اذا لم تكن مقيدة بزمان ولا مكان ولكن كانت مقيدة بسلعة بعينها أو كانت مقيدة بالمعاملة بفلان بعينه لم تكن مطلقة بل كانت مقيدة لم يجز للمضارب أن يتجاوزها كما سياتي وقال بعض من السراح في تفسير المضاربة المطلقة ههنا أي غير مقيدة بالمكان والزمان والسلعة (أقول) فيه أيضا فوقع تصير لدخول ما كانت مقيدة بالمعاملة بفلان بعينه في هذا التفسير أيضا مع أنها ليست مطلقة حيث يصح ذلك التقييد كما سياتي في الكتاب فالاولى في تفسيرها أن يقال ما لم تقيد بزمان ولا مكان ولا بنوع من التجارة ولا بشخص من العاملين وعن هذا قال في الذخيرة والمحيط اذا دفع مالا مضاربة بالنصف ولم يزد على هذا فانه مضاربة مطلقة وله ان يشتري بها ما يبدله من سائر التجارات وله أن يعمل بها ما هو من عادات التجار انتهى (قوله ولا يضارب الآن بأذن له رب المال أو يقول له اعمل برأيك لأن الشيء لا يتضمن مثله) قال صاحب العناية ولا يردجوا إذن المأذون لعبده وجوازا الكتابة للكتاب والاعارة للستاجر والاعارة للستعير فيما لم يختلف باختلاف المستعملين فانها امثال لما يجانسها وقد تضمنت امثالها لان المضاربة تضمنت الامانة أولا والوكيل الامانة والودع والوكيل الايداع والتوكيل فكذا المضارب لا يضارب غيره وانتهى كلامه (أقول) الظاهر ان قوله لان المضاربة تضمنت الامانة الخ تعليل لقوله ولا يردجوا إذن المأذون الخ لكنه منظوف نفسه لان حاصله اقامة دليل آخر على عدم جواز أن يضارب المضارب غيره يتضمن المضاربة الامانة والوكيل الامانة والتوكيل لا يجوز فيه ما الايداع والتوكيل ولا يلزم منه عدم ورود النقض بالصورة المزبورة على الدليل

(قوله لان المضاربة تضمنت

الامانة أولا والوكيل الامانة والودع والوكيل الايداع والتوكيل) أقول بخلاف المأذون لأن التاب بالمأذون المذكور فكأن الجرح العبد بعد ذلك يتصرف بحكم المالكية الأصلية ولما كان كذلك كان ذلك الجرح عن التجارة بمنزلة اسقاط المالك عن العبد بالاعتاق لان فكأن الجرح عبارة عن اسقاطه ثم المعتقد يعتق عبده فكذلك المأذون بأذن عبده فلا يفتحق عليه ما في تقرير الشارح من القصور (قوله والجواب عن البواقي سيجي في مواضعها) أقول أي من مواد النقض بين الجواب حتى يحيل بالجواب عن البواقي كما سيجي فليست أم (قوله أجب بأن كلام من جهتي الجواز صالح للعلمية فلا يترجم غيرها بما) أقول الاظهر فلا يترجم أحدهما بالآخرى (قوله وفي التخصيص في بلد بعينه) أقول في تخصيصه بالبلد كلام والظاهر هو التعميم للسلعة أيضا فان السلعة متفاوتة بكون رغبة الناس الى بعضها أكثر

فان خرج به الى غير ذلك البلد فاشترى ضمن وكان المشتري ورجعه له لانه تصرف فيه بخلاف أمره) فصار غاصبا (وان لم يشتروا له الى البلد الذي عينه سقط الضمان كالودع المخالف اذا ترك المخالفة ورجع المال مضاربة على حاله لبقائه في يده بالعقد السابق) فان قيل قوله ورجع المال مضاربة يدل على انها زائلة واذا زال العقد لا يرجع الا بالتجديد أجيب بأنه على هذه الرواية وهي رواية الجامع الصغير لم يزل لان الخلاف انما يتحقق بالشراء والفرض خلافه وانما قال يرجع بناء على أنه صار على شرف الزوال وأما على رواية المبسوط فانها زالت زوالا موقوفا حيث ضمنه بنفسه الاخراج (واذا اشترى ببعضه في المصر الذي عينه وأخرج البعض منه ولم يشتر به ثم رده الى الذي عينه كان المردود والمشتري في المصر على المضاربة لما قلنا) من البقاء في يده (٦٥) بالعقد السابق وأما اذا اشترى

قال (فان خرج الى غير ذلك البلد فاشترى ضمن) وكان ذلك له وله رجعه لانه تصرف بغير أمره وان لم يشتر حتى رده الى الكوفة وهي التي عينها برئ من الضمان كالودع اذا خالف في الوديعة ثم ترك ورجع المال مضاربة على حاله لبقائه في يده بالعقد السابق وكذا اذا رده بعضه واشترى ببعضه في المصر كان المردود والمشتري في المصر على المضاربة لما قلنا ثم شرط الشراء بها هنا وهو رواية الجامع الصغير وفي كتاب المضاربة ضمنه بنفسه الاخراج والصحيح ان بالشراء يتقرر الضمان لزوال احتمال الرد الى المصر الذي عينه أما الضمان فوجوبه بنفسه الاخراج وانما شرط الشراء للتقرر لا لاصل الوجوب وهذا بخلاف ما اذا قال على أن يشتري في سوق الكوفة حيث لا يصح التقييد لان المصر مع تباين أطرافه كبقعة واحدة فلا يفيد التقييد الا اذا صرح بالنهي بأن قال اعمل في السوق ولا تعمل في غير السوق لانه صرح بالجرح والولاية اليه

المذكور في الكتاب وهو قوله لان الشيء لا يتضمن مثله فلا يتم التقريب والوجه في الجواب عن النقض بتلك الصور ما ذكر في بعض الشروح من أن الكلام في التصرف نيابة وهو لا يتصرفون بحكم المالكية أما المأذون فلا ان الاذن فلا يجزئ عن ذلك يتصرف العبد بحكم المالكية الاصلية وأما المكاتب فلا نه صار حرايدا وأما المستأجر والمستعير فلا نه مامل كما المنفعة (قوله ورجع المال مضاربة على حاله) قال صاحب العناية فان قيل قوله ورجع المال مضاربة يدل على انها زائلة واذا زال العقد لا يرجع الا بالتجديد أجيب بأنه على هذه الرواية وهي رواية الجامع الصغير لم يزل لان الخلاف انما يتحقق بالشراء والفرض خلافه وانما قال يرجع بناء على أنه صار على شرف الزوال وأما على رواية المبسوط فانها زالت زوالا موقوفا حيث ضمنه بنفسه الاخراج اه (أقول) قوله انه رواية الجامع الصغير لم يزل لان الخلاف انما يتحقق بالشراء بخلاف ما حققه المصنف وغيره فيما ساقى من ان شرط الشراء في رواية الجامع الصغير لتقرر الضمان لا لاصل وجوبه وانما وجوبه بنفسه الاخراج اذ حينئذ يتحقق الخلاف بمجرد الاخراج على رواية الجامع الصغير أيضا فالخوف في الجواب أن يكتب بأن يقال ان المضاربة زائلة بالانحراج زوالا موقوفا فاذا لم يشتروا المال الى البلد الذي عينه ربح المال سقط الضمان وعادت المضاربة الى أصلها والعقد انما لا يرجع الا بالتجديد فيما اذا زال زوالا موقوفا غير موقوف على شيء (قوله الا اذا صرح بالنهي) بأن قال اعمل في السوق ولا تعمل في غير السوق لانه صرح بالجرح والولاية اليه (قال في معراج الدراية فان قيل يشكل على هذا ما ذكر في الخيرة انه لو قال بيع بالنسيئة ولا تبع

بعضه فيه ويبعض آخر في غيره فهو ضمان لما اشتراه في غيره وله رجعه وعليه وضعته لتحقيق الخلاف منه في ذلك القدر والباقي على المضاربة اذ ليس من ضرورة صيرورته ضامنا لبعض المال انتفاع حكم المضاربة فيما بقي وفيه نظر لان الصفقة متحدة وفي ذلك تقررها والجواب ان الجزء معتبر بالكل وتفرق الصفقة موضوع اذا استلزم ضررا ولا ضرر عند الضمان وقد أشرنا الى اختلاف رواية الجامع الصغير والمبسوط قال المصنف (والصحيح أن بالشراء يتقرر الضمان لزوال احتمال الرد الى المصر الذي عينه أما الضمان فوجوبه بنفسه الاخراج وانما شرط الشراء يعني في الجامع الصغير (للتقرر لا لاصل الوجوب وهذا بخلاف ما اذا قال على ان يشتري في سوق الكوفة

(٩ - تسامه سابع) حيث لا يصح التقييد لان المصر مع تباين أطرافه كبقعة واحدة فلا يفيد التقييد الا اذا صرح بالنهي فقال اعمل في السوق ولا تعمل في غيره لانه صرح بالجرح والولاية اليه) ونوقض بما لو قال على أن تباع بالنسيئة ولا تباع بالتقدي فباع بالتقدي ولم يعد مخالفا وجوابه مبني على أصل وهو أن التقيد المفيد من كل وجه متبع وغيره كذلك لغو والمفيد من وجه دون وجه متبع عند النهي الصريح ولغو عند السكوت عنه فالاول كال تخصيص ببلد وسعة وقد تقدم والثاني كصورة النقض فان البيع نقدا بشئ كان عن النسيئة خير ليس الا فكان التقييد مضرا وأما الثالث فكان النهي عن السوق فانه مفيد من وجه من حيث ان (قوله وغيره) أقول أي غير المفيد (قوله كذلك لغو) أقول أي من كل وجه (قوله فان البيع نقدا بشئ كان عن النسيئة) أقول جملة كان صفة بشئ واسم كان ضمير راجع اليه وقوله عن النسيئة خبر كان

البلدات أما كن مختلفة حقيقة وهو ظاهر وحكاية إذا شرط الحفظ على المودع في محله ليس له أن يحفظ في غيرها وقد تختلف الاسعار أيضا باختلاف أماكنه وغير مفيد من وجه وهو أن المصريح ببيان أطرافه جعل كمكان واحد كما إذا شرط الإيفاء في السلم بأن يكون في مصر ولم يبين المحلة فاعتبرناه حالة التصريح بالنهي لولاية الحجر ولا يعتبر عند السكوت عنه والله أعلم قال (ومعنى التخصيص الخ) ذكر ألفاظا تدل على التخصيص وتقر بكلامه ومعنى التخصيص يحصل بأن يقول كذا وكذا أي به - هذه اللفاظ والغرض من ذكره التمييز بين ما يدل منها على التخصيص وما لا يدل وجلة ذلك ثمانية ستة منها تنفي التخصيص واثنان منها تعتبر مشورة والضابط للتمييز ما يفيد التخصيص عما لا يفيد هو (٦٦) ان رب المال إذا عقب لفظ المضاربة كلاما لا يصح الابتداء به ويصح متعلقا بما تقدم

ومعنى التخصيص أن يقول له على أن تعمل كذا أو في مكان كذا وكذا إذا قال خذ هذا المال تعمل به في الكوفة لانه تفسيره أو قال فاعمل به في الكوفة لان الفاء لا تصل أو قال خذ به بالنصف بالكوفة لان الباء لا تصاق أما إذا قال خذ هذا المال واعمل به بالكوفة فله أن يعمل فيها وفي غيرها لان الواو للعطف فيصير بمنزلة المشورة

جعل متعلقا به لئلا يقع وإذا أعقب ما يصح الابتداء به لم يجعل متعلقا بما تقدم لان الفاء الضرورة - في هذا إذا قال خذ هذا المال على أن تعمل كذا أو في مكان كذا أو قال خذ عمل به في الكوفة مجز وما مرفوعا وكلام المصنف يحتملها أو قال فاعمل به في الكوفة أو قال خذ به بالنصف بالكوفة أو قال تعمل به بالكوفة ولم يذكر المصنف لان قوله يعمل به بالرفع يعطى معناه فقد أعقب لفظ المضاربة ما لا يصح الابتداء به حيث لا يصح أن يتدنى بقوله على أن تعمل كذا أو بقوله تعمل بالكوفة أو بغيرهما وهو واضح لكنه يصح جعله متعلقا بما تقدم فيجعل قوله على أن تعمل شرطا والمفيد منه معتبر وهذا يفيد صيانة المال في مصر وقسوله تعمل به في الكوفة تفسير لقوله خذ مضاربة وقوله فاعمل به في

بالنقد أو على العكس حيث لو باع بالنقد أو بالنسيئة لا يكون مخالفا مع مريح لنهي إذا كان السعر بالنقد والنسيئة لا يتفاوت قلنا هذا مخالفا بالخير فلا يكون مخالفا فلا فرق وهذا كما لو وكله بأن يبيع عبده بألف فباعه بألفين يجوز عندنا خلافا لفرقه لانه مخالفا بالخير اه (أقول) في كل واحد من السؤال والجواب خبط أما في الاول فلا ن قوله أو على العكس غير صحيح اذ لم يذكر كون الجواب في عكس قوله بع بالنسيئة ولا تبع بالنقد كالجواب فيه لافي الذخيرة ولا في شيء من الكتب الشرعية وأما في الثاني فلا ن قوله هذا مخالفا بالخير مما لا يكاد يصح بعد درج العكس المذكور في الاشكال لانه إذا كان البيع بالنقد مخالفا بالخير فمما إذا كان السعر بالنقد والنسيئة غير متناوئ لم يتصور كون البيع بالنسيئة في العكس مخالفا بالخير أيضا وهذا ظاهر جدا فالصواب أن يطرح حديث العكس في السؤال كما فعله غيره (قوله ومعنى التخصيص أن يقول له على أن تعمل كذا أو في مكان كذا الخ) يعني ان معنى التخصيص يحصل بأن يقول كذا وكذا به هذه اللفاظ ومقصوده التمييز بين ما يفيد التخصيص من الانطاط وما لا يفيد ذلك منها وجلة ذلك على ما عينوا ثمانية ستة منها تنفي التخصيص فتعتبر شرطا واثنان منها لا تنفي فاعتبر مشورة والضابط في التمييز ما يفيد التخصيص عما لا يفيد هو أن رب المال متى ذكر عقب المضاربة ما لا يصح التلظ به ابتداء يصح متعلقا بما قبله يجعل متعلقا به لئلا يلغو ومتى ذكر عقبها ما يصح الابتداء به لا يجعل متعلقا بما قبله لان الفاء الضرورة هذا خلاصة ما ذكرهنا في جملة الشروح والكافي (أقول) فيسهل شيء وهو أنهم اتفقوا على ان قول رب المال خذ هذا المال تعمل به في الكوفة برفع تعمل ويجزئه من تلك اللفاظ الستة التي تنفي التخصيص مع انه يصح الابتداء بعمل مرفوعا على أن يجعل كلاما مستأنفا كما يصح الابتداء بلفظين اللذين حصرنا فيهما ما يصح الابتداء به في باب المضاربة وهو ما قوله واعمل به بالواو وقوله اعمل به بغير الواو فعلى مقتضى الضابط المذكور ينبغي أن يكون قوله تعمل به في الكوفة بالرفع مما لا يفيد التخصيص أيضا فتأمل (قوله) أما إذا قال خذ هذا المال واعمل به في الكوفة فله أن يعمل فيها وفي غيرها لان الواو للعطف فيصير بمنزلة المشورة فان قيل لماذا لم يجعل الواو للحال كما في قوله أدالي ألفا وانت حر قلنا لانه غير صالح للحال

الكوفة في معناه لان الفاء فيها لا تصل والتعقيب والمتصل المتعقب لهما تفسيره وكذا قوله خذ به بالنصف بالكوفة لان هذا الباء لا تصاق ويقضي الاصلاق موجب كلامه وهو العمل بالمال ملصقا بالكوفة وهو ان يكون العمل فيها وإذا قال دفعت اليك هذا المال مضاربة بالنصف اعلم بالكوفة بغير واو أو به فقد أعقب ما يصح الابتداء به أما بغير الواو فواضح وأما بالواو فلا نه مما يجوز الابتداء به فاعتبر كلاما مبتدأ فيجعل مشورة كأنه قال ان فعلت كذا كان أنفع فان قيل فلم لا تجعل الواو للحال كما في قوله أدالي ألفا وانت حر (قوله فيجعل قوله على أن تعمل شرطا) أقول شرطا مفعول ثان لجعل (قوله وقوله يعمل به في الكوفة تفسير لسوله خذ مضاربة) أقول ويجوز أن يكون استثناء فإيا (قوله وأما بالواو فلا نه مما يجوز الابتداء به) أقول إذا كان الواو للعطف كما ذكره المصنف لا يجوز الابتداء به وان لم يكن فلا يطابق الشرح المشروح فتأمل

أجيب بعدم صلاحته لذلك ههنا لان العمل انما يكون بعد الاخذ لاحتلال الاخذ ولو قال خذه مضاربة على أن تشتري من فلان وتبيع منه صح التقييد لكونه مقيدا لزيادة الثقة به في المعاملة لتفاوت الناس في المعاملات قضاء وقضاء ومناقشة في الحساب والتزهد عن الشبهات بخلاف ما اذا قال على أن تشتري به من أهل الكوفة أو دفع في الصرف على أن يشتري به من الصارفة ويبيع منهم فباع بالكوفة من غير أهلها أو من غير الصارفة جاز لا فائدة الا في معنى من أهل الكوفة التقييد بالمكان وهو الكوفة وإذا اشترى بها فقد وحد ذلك وأب كان من غير رجل كوفي وفائدة الثاني التقييد بالنوع وهو الصرف وإذا حصل ذلك لا يعتبر بغيره (قوله وهذا هو المراد عرفا لا فيما وراء ذلك) يعني غير المكان في الاول والنوع في الثاني دليل على التقييد ويتضمن الجواب عما يقال ان ذلك عدول عن مقتضى اللفظ فان مقتضى لفظ الاول أن يكون شراؤه من كوفي لا من غيره سواء كان بالكوفة أو غيرها وتقريره أن مقتضى اللفظ قد ترك بدلالة العرف والعرف في ذلك المنع عن الخروج من الكوفة صيانة لماله وقد حصل ذلك بها ولما لم يخص المعاملة في الصرف لشخص بعينه مع تفاوت الأشخاص دل على أن المراد به نوع الصرف وقد حصل ذلك وقوله (وكذلك ان وقت المضاربة) معناه أن التوقيت بالزمان مقيد فكان كالتقييد بالنوع والمكان والله أعلم قال (وليس للمضارب (٦٧) أن يشتري من يعتق على رب

المال الخ) وليس للمضارب أن يشتري من يعتق على رب المال لقراءة أو غيرها كالحالوف بعقده لان العقد وضع لتحصيل الربح وذلك لا يتحقق في شراء القريب لعنقه فالحقد لا يتحقق فيه وفي هذا إشارة الى الفرق بين المضاربة والوكالة فان الوكالة يشترط فيها أن يكون المشتري من عبده مطلقا أو من عبده موكلا لم يكن مخالفا وذلك لان الربح المحتاج الى تكرار التصرف ليس بمقصود في الوكالة حتى لو كان مقصود الموكل وقيد بقوله اشتري عبدا أبيعه فاشترى من يعتق عليه كان

ولو قال على أن تشتري من فلان وتبيع منه صح التقييد لانه مقيد لزيادة الثقة به في المعاملة بخلاف ما اذا قال على أن تشتري به من أهل الكوفة أو دفع في الصرف على أن يشتري به من الصارفة ويبيع منهم فباع بالكوفة من غير أهلها أو من غير الصارفة جاز لان فائدة الاول التقييد بالمكان وفائدة الثاني التقييد بالنوع وهذا هو المراد عرفا لا فيما وراء ذلك قال (وكذلك ان وقت المضاربة وقتا بعينه يبطل العقد بعينه) لانه لو كسب فيتوقف بما وقته والتوقيت مقيد وانه تقييد بالزمان فصار كالتيقيد بالنوع والمكان قال (وليس للمضارب أن يشتري من يعتق على رب المال لقراءة أو غيرها) لان العقد وضع لتحصيل الربح وذلك بالتصرف مرة بعد أخرى ولا يتحقق فيه لعنقه ولهذا لا يدخل في المضاربة شراعا لا يملك بالقبض كشرائه بالخمر والشراة بالمسنة بخلاف البيع الفاسد لانه يمكن بيعه بعد قبضه فيتحقق المقصود قال (ولو فعل صار مشتريا لنفسه دون المضاربة) لان الشراة متى وجد نفاذا على المشتري نفذ عليه كالوكيل بالشراة اذا خالف قال (فان كان في المال ربح لم يجز له أن يشتري من يعتق عليه) لانه يعتق عليه نصيبه ويفسد نصيب رب المال أو يعتق على الاختلاف المعروف فيمنع التصرف فلا يحصل المقصود (وان اشتراهم ضمن مال المضاربة) لانه يصير مشتريا للعبدة لنفسه فيضمن بالنقد من مال المضاربة

ههنا لان حال العمل لا يكون وقت الاخذ وانما يكون العمل بعد الاخذ كذا في النهاية هوامة الشروح (أقول) ينتقض هذا الجواب عما اذا قال خذه هذا المال ثم عمل به بالكوفة بالرفع فانهم جعلوا قوله تعمل به بالكوفة مما يفيد التخصص وقد صرح في النهاية ومعراج الدراية بأن قوله تعمل على اعرابين بالرفع على الحال وبالجزم على جواب الامر مع ان العلة التي ذكرها في الجواب المزبور لعدم صلاحية

مخالفا ولهذا أي ويكون هذا العقد وضع لتحصيل الربح لا يدخل في المضاربة شراعا لا يملك بالقبض كشرائه بالخمر والشراة بالمسنة لا تنفاه التصرف فيه وتحصيل الربح بخلاف البيع الفاسد لان بيعه بعد القبض يمكن فيتحقق المقصود ولو فعل أي اشترى من يعتق على رب المال صار مشتريا لنفسه دون المضاربة لان الشراة متى وجد نفاذا على المشتري نفذ عليه كالوكيل بالشراة اذا خالف وقوله متى وجد نفاذا احد تراعى الصبي والعبدة المحجورين فان شراهما يتوقف على اجازة الولي والمولى ثم ان كان نقد الثمن من مال المضاربة يتخير رب المال بين أن يسترد المقبوض من البائع ويرجع البائع على المضارب وبين أن يضم المضارب بمثل ذلك لانه قضى بمال المضاربة ديناً عليه وأما شراء من يعتق على المضارب فبغيره تفصيل اما أن يكون في المال ربح أو لا فان كان لم يجز له أن يشتريه لانه يعتق عليه نصيبه ويفسد نصيب رب المال لا تنفاه جواز بيعه لكونه مستسعى عند أبي حنيفة أو يعتق الكل عندهما على الاختلاف المعروف في تجزؤ الاعناق فيمنع التصرف فينتفي المقصود وان اشتراهم ضمن مال المضاربة لانه يصير مشتريا للعبدة لنفسه فيضمن ان كان نقد الثمن من المضاربة

(قوله لان العمل انما يكون بعد الاخذ لاحتلال الاخذ) أقول وجعله لا مقدر خلاف الظاهر

وان لم يكن في المال ربح جاز أن يشترى به لا لتفاد المانع من التصرف حيث لا شركة له فلا ازادت قيمته بعد الشراء اعتق نصيبه منهم
 لتملكه بعض قريبه ولم يضمن لرب المال شي لان ازدياد القيمة وتملكه الزيادة أي نصيبه من الربح أمر حكمي لا يصنع له في ذلك فصار كما اذا
 ورثه مع غيره كأمه أو أخته أو زوجة أو أخوات وتركت زوجا أو أخا اعتق نصيب الزوج ولا يضمن لأخيه شي لعدم الصنع منه وبسعي
 العبد في تسمية نصيب رب المال من العبد وهو رأس المال وحصة رب المال من الربح لانه احتسبت ماله العبد عند العبد
 فيسمى العبد فيه كفي الوارثة قال (فان كان مع المضارب ألف بالنصف المثل) وان كان مع المضارب ألف بالنصف فاشترى بها جارية قيمتها
 ألف فوطئها فاحت بولدي ساوي ألفا فادعاه ثم بلغت قيمة الغلام ألفا وخمسمائة والمدعي موثر فان شارب المال استسعى الغلام في ألف
 ومائتين وخمسين وان شاء اعتقه ولا يضمن المضارب شي وانما قيد بقوله والمدعي موثر لنفي شبهة هي ان الضمان انما هو بسبب دعوة
 المضارب وهو ضمان اعتاق (٦٨) في حق الولد وضمان الاعتاق يختلف باليسار والاعسار فكان الواجب أن

المضارب وهو ضمان اعتاق

يضمن المضارب اذا كان
 موسرا ومع ذلك لا يضمن
 ووجه ذلك أن الدعوة
 صحيحة في الظاهر لصدورها
 من أهلها في محلها جلا
 على الفراض بالنكاح بأن
 زوجها منه البائع ثم باعها
 منه فوطئها فعاقت منه
 لكنه أي الادعاء لم يتقد
 لفقد شرطه وهو الملك
 لعدم ظهور الربح لان
 كل واحد من الام والغلام
 مستحق برأس المال كمال
 المضاربة اذا صار أعيانا كل
 واحد منهما يساوي رأس
 المال كالأشترى بألف
 المضاربة عبيدين كل واحد
 منهما يساوي ألفا فانه
 لا يظهر الربح واذا لم يظهر
 الربح لم يكن للمضارب في
 الجارية ملك وبدون الملك
 لا يثبت الاستيلاء واعتصر
 وجهين أحدهما أن

(وان لم يكن في المال ربح جاز أن يشترى به) لانه لا مانع من التصرف اذا لا شركة له فيه ليعتق عليه (فان
 زادت قيمته بعد الشراء اعتق نصيبه منهم) لملكه بعض قريبه (ولم يضمن لرب المال شي) لانه لا يصنع
 من جهته في زيادة القيمة ولا في ملكه الزيادة لان هذا شيء ثبت من طريق الحكم فصار كما اذا ورثه مع
 غيره (وبسعي العبد في قيمة نصيبه منه) لانه احتسبت ماله عند فسخ فيه كفي الوارثة قال (فان كان
 مع المضارب ألف بالنصف فاشترى بها جارية قيمتها ألف فوطئها فاحت بولدي ساوي ألفا فادعاه ثم بلغت
 قيمة الغلام ألفا وخمسمائة والمدعي موثر فان شارب المال استسعى الغلام في ألف ومائتين وخمسين وان
 شاء اعتق) ووجه ذلك ان الدعوة صحيحة في الظاهر جلا على فراض النكاح لكنه لم يتقد لفقد شرطه وهو
 الملك لعدم ظهور الربح لان كل واحد منهما أعني الام والولد مستحق برأس المال كمال المضاربة اذا صار
 أعيانا كل عين منها يساوي رأس المال لا يظهر الربح كذا هذا فاذا زادت قيمة الغلام الآن ظهر الربح
 فنفذ الدعوة السابقة

قوله واعمل به بالكوفة للحال وهي كون العمل بعد الاخذ لا وقت الاخذ جارية بعينها في قوله تعمل به
 بالكوفة بالرفع فيلزم أن لا يصلح الحال أيضا وان قالوا هذا حال مقدرة كافي قوله تعالى محققين رؤسكم
 ومقصرين يرد أن يقال لم يكن الأمر كذلك في قوله واعمل به بالكوفة فلا تنقسم مادة الاشكال
 بذلك الجواب ثم أقول الجواب التام عن أصل السؤال والخامس مادة الاشكال أن يقال ان قوله واعمل
 به بالكوفة جملة انشائية وقد تقرر في العلوم العربية أن الجملة الانشائية لا تصلح أن تقع حالا سواء
 كانت مع الواو أو بدونها وهذا مع وضوحه جدا كيف خفي على الشراح حتى تركوه وتنبوا بما
 يرد عليه الاشكال والشارح العيني قد اعترض على الجواب الذي ذكره عامة الشراح بعد أن ذكره أيضا
 بأنه لم يجوز أن يكون قوله واعمل به بالكوفة حالا منتظرة كافي قوله تعالى محققين رؤسكم ولم يزد على هذا
 شيأ فهو أيضا غافل عن عدم صلاحية الجملة الانشائية لان تقع حالا ثم ان بعض الفضلاء تدارك
 ما أورده الشارح العيني وقصد توجيه الجواب الذي ذكره العامة فقال وجعله حالا مقدرة خلاف الظاهر
 فكانه أيضا غافل عن عدم صلاحية ذلك لان يقع حالا (قوله والمدعي موثر) قال الشراح وانما قيد

الجارية كانت متعينة لرأس المال قبل الولد فسبق كذلك وتعين أن يكون الولد كله ربحا والثاني أن المضارب اذا
 اشترى بألف المضاربة فرسين وكل واحد منهما يساوي ألفا كان له ربعهما حتى لو وهب ذلك لرجل وسله صح وأجيب عن الاول بأن
 تعيينها كان لعدم المزاحم لانه انما رأس المال فان رأس المال هو الدراهم وبعد الولد تحققت المزاوجة فذهب تعيينها ولم يكن أحدهما
 أولى بذلك من الآخر فاشتغل برأس المال وعن الثاني بأن المراد بقوله أعيانا أجناس مختلفة والفرسان جنس واحد يقسمان جملة
 واحدة واذا اعتبر اجزأه حمل البعض وبحث بخلاف العبد فانما لا يقسمان جملة بل كل واحد يكون بينهما على حاله ليكون الرقيق
 أجناسا مختلفة عند أي حنيفة قولوا واحد أو عندهما أيضا في رواية كتاب المضاربة واذا امتنع اقسمة لم يظهر الربح فكان كل
 واحد منهما مشغولا برأس المال فاذا زادت قيمة الغلام على مقدار رأس المال فقد ظهر الربح ونفذت الدعوة السابقة لان سببها كان
 موجودا وهو فراض النكاح لانهم لم تنفذوا جوب المانع وهو عدم الملك فاذا زال المانع صار نافذا

بخلاف ما إذا أعتق الولد ثم ازدادت قيمة الغلام لأن ذلك انشاء لعرق ولم يصادف محله لعدم الملك فكان باطلا وإذا بطل لعدم الملك لا ينقذ بعد ذلك حدوث الملك وأما ما نحن فيه فإخبار فحاز أن ينقذ عند حدوثه كما إذا أقر بجرية عبد غيره ثم اشتراه فإنه يعتق عليه وإذا صحت الدعوة ونفذت ثبت النسب واعتق الولد لقيام ملكه في بعضه ولا يضمن لرب المال من قيمة الولد شيئا لأن عتقه ثبت بالنسب والمالك والمالك آخرهما فيضاف إليه لأن الحكم إذا ثبت به لذات وصفين يضاف إلى آخرهما وجودا وأصله مسألة السفينة والقدح المسكر ولا صنع له فيه فلا يكون متعديا وضمنان الاعتاق يعتمد ذلك وإن انتفى الضمان بقي أحد الأمرين الآخر من الاستسعاء والاعتاق فإن شاء استسعاءه لاحتماس ماله عند نفسه وإن شاء أعتق لكونه قابلا للعتق (٦٩) فإن المستسعى كالمكتوب عند

أبي حنيفة ويستسعه في ألف ومائتين وخمسين لأن الألف مستحق برأس المال وخمسمائة ربح والربح بينهما فللهذا يسعى له في هذا المقدار قبل لم لا يجعل الجارية رأس المال والولد كله ربحا وأجيب بأن ما يجب على الولد بالسعاية من جنس رأس المال والجارية ليست من ذلك فكان تعيين الألف من السعاية لرأس المال أنسب للتجانس وفيه نظر لا إذا جعلنا الجارية رأس المال وقد عتقت بالاستيلاء وجبت قيمتها على المضارب وهي من جنس رأس المال ثم إذا قبض رب المال الألف له أن يضمن المدعى نصف قيمة الام لأن الألف المأخوذ من الولد المستحق برأس المال لكونه مقدما في الاستسعاء على الربح يظهر أن الجارية كلها ربح

بخلاف ما إذا أعتق الولد ثم ازدادت القيمة لأن ذلك انشاء للعتق فإذا بطل لعدم الملك لا ينقذ بعد ذلك بحدوث الملك أما هذا فإخبار فحاز أن ينقذ عند حدوث الملك كما إذا أقر بجرية عبد غيره ثم اشتراه وإذا صحت الدعوة وثبت النسب واعتق الولد لقيام ملكه في بعضه ولا يضمن لرب المال شيئا من قيمة الولد لأن عتقه ثبت بالنسب والمالك والمالك آخرهما فيضاف إليه ولا صنع له فيه وهذا ضمان اعتاق فلا بد من التعدي ولم يوجد (وله أن يستسعى الغلام) لأنه احتسبت ماله عند نفسه أنه يعتق لأن المستسعى كالمكتوب عند أبي حنيفة ويستسعه في ألف ومائتين وخمسين لأن الألف مستحق برأس المال وخمسمائة ربح والربح بينهما فللهذا يسعى له في هذا المقدار ثم إذا قبض رب المال الألف له أن يضمن المدعى نصف قيمة الام لأن الألف المأخوذ المستحق برأس المال لكونه مقدما في الاستسعاء فظهر أن الجارية كلها ربح فتكون بينهما وقد تقدمت دعوة صحيحة لاحتمال الفرائض الثابت بالنكاح وتوقف نفاذها لفقد الملك فإذا ظهر الملك نفذت تلك الدعوة وصارت الجارية أم وولده يضمن نصيب رب المال لأن هذا ضمان تلك وضمن التملك لا يستدعي صنعا كما إذا استولد جارية بالنكاح ثم ملكها هو وغيره ورأته يضمن نصيب شريكه كذا هذا بخلاف ضمان الولد على ماهر

بقوله والمدعى موسر لنفي شبهة هي أن الضمان انما هو بسبب دعوة المضارب وهو ضمن اعتاق في حق الولد وضمن الاعتاق يختلف بالفسار والاعسار فكان الواجب أن يضمن المضارب إذا كان موسرا ومع ذلك لا يضمن اه كلامهم (أقول) لا يذهب على ذي فطرة سليمة أن القيد المذكور لا ينفي الشبهة على التفسير المزبور بل يؤيدها سيما إذا جعل قولهم ومع ذلك لا يضمن من تمام الشبهة كما هو الظاهر من تقريرهم وانما الذي ينفي الشبهة على التفسير المزبور ما ذكره المصنف فمما سألني بقوله ولا يضمن لرب المال شيئا من قيمة الولد لأن عتقه ثبت بالنسب والمالك والمالك آخرهما فيضاف إليه ولا صنع له فيه وهذا ضمان اعتاق فلا بد من التعدي ولم يوجد اه فالظاهر في تقريره فائدة القيد المذكور أن يقال انما قيد به تنبيه على عدم اختصاص عدم وجوب الضمان على المضارب بحالة اعساره لأنه إذا لم يجب الضمان عليه في حالة يساره فلاز لا يجب ذلك عليه في حالة اعساره وأولى بخلاف ما لو ذكر الكلام غير مقيد بذلك فإنه يحتمل أن يكون محمولا على حالة اعساره فقط (قوله ويستسعه في ألف ومائتين وخمسين لأن الألف مستحق برأس المال وخمسمائة ربح والربح بينهما فللهذا يسعى له في هذا المقدار) قال في الكافي فإن قيل لما لا يجعل الامه رأس المال وجميع الولد ربحا قلنا لأن ما يجب على

فتكون بينهما وقد تملك المدعى نصيب رب المال منها يجعلها أم وولده بالدعوة السابقة فيضمن وضمن التملك لا يستدعي صنعا بل يعتمد التملك وقد حصل كما إذا استولد جارية بالنكاح ثم ملكها هو وغيره ورأته فإنه يضمن لشريكه نصيبه كالأخ تزوج بجارية أخيه فاستولدها فمات الزوج وترك الجارية ميرا ثا بين الزوج وأخ آخر فملكها الزوج بغير صنعه وضمن نصيب شريكه بخلاف ضمان الولد فإنه ضمان اعتاق وهو تلاف فلا بد من التعدي وهو لا يتحقق بدون صنعه وقوله كما هو إشارة إلى قوله لأن عتقه بالنسب والمالك والمالك آخرهما ولا صنع له فيه ولم يذكر المصنف العقر وهو من المضاربة لأنه بدل المنافع فصار كالكسب

(قوله وفيه نظر لا إذا جعلنا الجارية برأس المال وقد عتقت بالاستيلاء) (أقول وجوابه أن الاستسعاء مقدم لأن الولد أصل في الدعوة والحرية والام تتبعه وينبغي أن يكون مراد المحجب هذا

باب المضارب يضارب

قال (واذا دفع المضارب المال الى غيره مضاربة ولم يأذن له رب المال لم يضمم بالدفع ولا يتصرف المضارب الثاني حتى يرجع فاذا ربح ضمن الاول لرب المال) وهذا رواية الحسن عن أبي حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد اذا عمل به ضمن ربح أولم يرجع وهذا ظاهر الرواية وقال زفر رحمه الله يضمن بالدفع على أولم يعمل وهو رواية عن أبي يوسف رحمه الله لان المملوك له الدفع على وجه الابداع وهذا الدفع على وجه المضاربة وله ما أن الدفع ابداع حقيقة وانما يتقرر كونه للمضاربة بالعمل فكان الحال مراعى قبله ولا يبي حنيفة أن الدفع قبل العمل ابداع

باب المضارب يضارب
مضاربة المضارب مركبة
فأخرها عن المفردة اختلاف
علما ونافى موجب الضمان
على المضارب اذا دفع
المال الى غيره مضاربة ولم
يأذن له رب المال فروى
الحسن عن أبي حنيفة
أنه لم يضمن بالدفع ولا يتصرف
المضارب الثاني حتى يرجع
فالموجب هو حصول الربح
فان ربح الثاني ضمن الاول
لرب المال وقال أبو يوسف
ومحمد وهو ظاهر الرواية اذا
عمل به ضمن ربح أولم يرجع
ثم رجع أبو يوسف وقال
ضمن بالدفع وبه قال زفر لان
ما يملكه المضارب هو
الدفع على سبيل الابداع
لعدم الاذن بغيره ودفع
المضارب مضاربة ليس على
وجه الابداع فلا يملكه
وله ما أن دفعه ابداع
حقيقة وانما يتقرر كونه
للمضاربة بالعمل فكان الحال
قبله مراعى أى موقوفا
ان عمل ضمن والا فلا ولا يبي
حنيفة ان الدفع قبل العمل
ابداع

والمن السعاية من جنس رأس المال والامسة ليست من جنس رأس المال فكان تعيين الالف من السعاية لرأس المال أولى اه واقتنى أثره في هذا السؤال وهذا الجواب عامة شراح هذا الكتاب وقال صاحب العناية بعد ذكر السؤال والجواب المزبورين وفيه نظر لانا اذا جعلنا الجارية رأس المال وقد عتقت بالاستيلاء وجبت قيمتها على المضارب وهي من جنس رأس المال اه (أقول) نظره ساقط جدا لانا لو جعلنا الجارية رأس المال لم تعتق بالاستيلاء لان من شرط كونها أم ولد للمضارب أن يكون المضارب مالكا لها وعلى تقدير أن تجعل هي رأس المال تكون مملوكة لرب المال دون المضارب فلا تصير أم ولد للمضارب ولا تعتق فلا تجب قيمتها على المضارب فلا تحقق المجانسة وهذا مع ظهوره جدا كيف خفي على صاحب العناية فأورد النظر المزبور على الجواب الذي ارتضاه جمهور الثقات كصاحب السكافي وشراح لكتاب وغيرهم ثم ان بعض الفضلاء قال في دفع النظر المزبور وجوابه ان الاستمعام مقدم لان الولد أصل في الدعوة والحرية والام تبعه وينبغي أن يكون مراد المجيب هذا اه (أقول) الجواب الذي ذكره هذا القائل وان كان مما يصلح أن يكون جوابا على أصل السؤال كما أشار اليه المصنف بقوله لان الالف المأخوذة لما استحق رأس المال لكونه مقدما في الاستيفاء ظهور ان الجارية كلها ربح فتكون بينهما اه الا أنه لا يصلح أن يكون مراد المجيب بالجواب الذي هو محل النظر اذ لو كان مراده هذا المائل لذكره بالكلية ونشبت بمناسبة المجانسة التي لا مدخل لها في غشية هذا الجواب اذ التقدم في الاستعانة والاستيفاء أمر مستقل في اقتضاء كون الالف المأخوذة من الولد رأس المال دون الجارية ونظر صاحب العناية على ذلك الجواب المبني على المجانسة فلا يدفعه هذا الجواب وانما الدافع القاطع له ما حققناه من قبل ثم ان الشارح العيني بعد ان ذكر أصل السؤال والجواب المزبورين نقلا عن الكافي وبعد ان ذكر نظر صاحب العناية على ذلك الجواب نفلا عنه قال قلت الولد راجحها فترجح بسبب ظهور الربح من جهته اه (أقول) لا يرى لهذا معنى مفيد فان ظهور الربح من جهته لا يقتضى رجحان كون رأس المال هو الالف المأخوذة منه دون قيمة الجارية بل الالف المناسب لظهور الربح من جهته أن يكون الالف المأخوذة منه أيضا من الربح تأمل تقف

باب المضارب يضارب

لما ذكر حكم المضاربة الاولى ذكر في هذا الباب حكم المضاربة الثانية اذ الثانية تتلوا الاولى أبدأ فكذا بيان حكمها كذا في النهاية ومعراج الدراية وهو المختار عندى وذكر فيه ما وجه آخر أيضا هو ان المضاربة مفردة ومضاربة المضارب مركبة والمركب يتلوا المفرد أبدأ واختاره صاحب العناية والعناية (أقول) فيه تعسف لان مضاربة المضارب وان كانت بعدم مضاربة رب المال الا أنها مفردة أيضا غير مركبة من المضاربتين قطعاً لا ترى ان الثاني أبدأ يتلوا الاول ولكنه ليس بمركب من الاول ومن نفسه

وبعد ابعاض والفعلان على كلهما المضارب فلا يضمن بهما لعدم المخالفة بهما الا أنه اذا ربح فقد أثبت له شركة في المال فصار مخالفا
لاشتراك الغير في ربح مال رب المال وفي ذلك اتلاف فيوجب الضمان كالمخالطة بغيره وهذا أي وجوب الضمان على الاول أو عليهما
بالربح أو العمل على ما ذكرنا اذا كانت المضاربة صحيحة وأطلق القول ليتناول (٧١) كلا منهما فان الاولى اذا كانت

فاسدة أو الثانية أو كليهما
جميعا لم يضمن الاول لان
الثاني أجبر فيه وله أجر مثله
فلم تثبت الشركة الموجبة
للضمان فان قيل اذا
كانت الاولى فاسدة لم يتصور
جواز الثانية لان مبنائها
على الاولى فلا يستقيم
التقسيم أجيب بأن المراد
بحجواز الثانية حينئذ
ما يكون جائزا بحسب
الصورة بأن يكون المشروط
لثاني من الربح مقدارا
ما يتجاوز به المضاربة في الجملة
بأن كان المشروط للاول
نصف الربح ومائة مثلاً
وللثاني نصفه (قوله ثم
ذكر في الكتاب) يعني
القُدوري (يضمن الاول ولم
يذكر الثاني وقيل) اختياراً
منه لقول من قال من
المشايخ (ينبغي أن لا يضمن
الثاني عند أي حنيقة
وعندهما يضمن بناء
على اختلافهم في مودع
المودع ومنهم من يقول رب
المال بالخيار بين تضمين
الاول والثاني) في هذه المسئلة
(باجماع) أصحابنا (و) هذا
القول (هو المشهور) من
المذهب (وهذا عندهما ظاهر
وكذا عنده) لكن لا يبين بيان

وبعد ابعاض والفعلان على كلهما المضارب فلا يضمن بهما الا أنه اذا ربح فقد أثبت له شركة في المال
فيضمن كالمخالطة بغيره وهذا اذا كانت المضاربة صحيحة فان كانت فاسدة لا يضمنه الاول وان عمل
الثاني لانه أجبر فيه وله أجر مثله فلا تثبت الشركة به ثم ذكر في الكتاب يضمن الاول ولم يذكر الثاني وقيل
ينبغي أن لا يضمن الثاني عند أي حنيقة رجه الله وعندهما يضمن بناء على اختلافهم في مودع المودع
وقيل رب المال بالخيار ان شاء ضمن الاول وان شاء ضمن الثاني بالاجماع وهو المشهور وهذا عندهما ظاهر
وكذا عنده ووجه الفرق بين هذه وبين مودع المودع أن المودع الثاني يقبضه لمنفعة الاول فلا يكون
ضامناً أما المضارب الثاني يعمل فيه لنفسه فجاز أن يكون ضامناً ثم ان ضمن الاول صحت المضاربة
بين الاول وبين الثاني وكان الربح بينهما على ما شرط لانه ظهر انه ملكه بالضمان

قطعا وانما المركب منهما الاثنان نعم ان مضاربة المضارب لما اقتضت المضاربة الاولى جاز أن يحصل
من مجموعهما أمر مركب في العقل لكنه ليس بدار الحكم في هذا الباب كما لا يخفى على ذوي الالباب
(قوله وبعد ابعاض) قال بعض الفضلاء فيه بحث والظاهر أن يقول توكيل كافي شرح الكفر
للعامة الزبلي اه (أقول) ليس الامر كما فهمه فان المحكوم عليه ههنا بأنه ابعاض انما هو الدفع
لا عقد المضاربة والذي ينافي ابعاضه وبلاتم التوكيل انما هو عقد المضاربة لا الدفع نفسه فانه انما
يلاتم الايداع قبل العمل والابعاض بعده لا التوكيل لان التوكيل تفويض التصرف لاجل الموكل
الى غيره وهذا المعنى لا يحصل من الدفع نفسه بخلاف عقد المضاربة كما لا يخفى وأما ما في شرح الكفر
للعامة الزبلي فلم يحكم على الدفع نفسه بأنه توكيل فانه قال فيه ووجه الروى عن أبي حنيفة ان العقد
المجرد لا يوجب الضمان ولهذا لا يضمن الفضولي بمجرد بيع مال الغير ولا بالتسليم لاجل التصرف لانه
ايداع وهو يملك ذلك ولا بالتصرف لانه توكيل فيه على ما بينا من قبل اه ولا يخفى أن المفهوم منها
ان المضارب وتوكيل لان الدفع نفسه توكيل ولا كلام في ان المضارب وتوكيل يحكم بعقد المضاربة وأما أنه
وتوكيل يحكم بالدفع فقط فلم يقل به أحد (قوله وهذا اذا كانت المضاربة صحيحة) قال في النهاية ومعراج
الدراية أي الضمان عليهم ما عند الربح أو العمل على الاختلاف الذي ذكرنا فيما اذا كانت المضاربة
صحيحة وقال في العناية وشرح العيني أي وجوب الضمان على الاول أو عليهما بالربح أو العمل على
ما ذكرنا اذا كانت المضاربة صحيحة (أقول) لا يمتثل أن يكون المشار اليه ههنا وجوب الضمان
عليهما ما أي على المضارب الاول والثاني بل كون المشار اليه به ههنا هو الضمان على الاول متعين لان
المذكور في الكتاب هو ضمان الاول لا غير ولم يمر من المصنف الى أن شئ يشعر بضمان الثاني
ايضا فكيف يصح أن يجعل كلمة هذا ههنا إشارة الى الضمان عليهما وشأن اسم الإشارة أن يشار به الى
المحسوس المشاهد أو ما هو بمنزلة المحسوس المشاهد على ما عرف في محله ووجوب الضمان على الثاني
بما لم تشر رائحته قط الى الآن فضلا عن أن يجعل بمنزلة المحسوس المشاهد على أن المصنف ههنا بصدد
بيان ما ذكر في الكتاب يضمن الاول رب المال وأما ان الثاني هل يضمن ايضا أم لا فينبينه بعدم مفصلا
بقوله ثم ذكر في الكتاب يضمن الاول ولم يذكر الثاني الخ فهو ههنا بمنزلة عن (قوله لانه ملكه بالضمان

فرق بين هذه المسئلة ومسئلة مودع المودع (ووجهه) أن المودع الثاني يقبضه لمنفعة الاول فلا يضمن والمضارب الثاني يعمل فيه لنفسه
نفسه) من حيث شركته في الربح (فجاز أن يكون ضامناً ثم ان ضمن الاول صحت المضاربة) الثانية (لانه ملكه بالضمان

باب المضارب يضارب

قال المصنف (وبعد ابعاض) أقول فيه بحث والظاهر أن يقول توكيل كافي شرح الكفر لعامة الزبلي

من وقت المخالفة بالدفع على وجه لم يرض به رب المال فصار كما اذا دفع مال نفسه وان ضمن التاجر جمع على الاول بالعقد) أي بسببه (لانه عامر له) أي للضارب الاول (كافي المودع) واعترض بأن كلامه متناقض لانه قال قبل هذا يعمل فيه لمنفعة نفسه وههنا قال لانه عامر للضارب الاول وأجيب باختلاف الجهة (٧٣) يعني أن المضارب الثاني عامر لنفسه بسبب شركته في الربح وعامل لغيره من حيث انه في

من حين خالف بالدفع الى غيره لا على الوجه الذي رضى به فصار كما اذا دفع مال نفسه وان ضمن الثاني رجع على الاول بالعقد لانه عامر له كافي المودع ولانه مغرور من جهته في ضمن العقد ونصح المضاربة والربح بينهما على ما شرط لان قرار الضمان على الاول فكأنه ضمنه ابتداءً ويطلب الربح الثاني ولا يطيب إلا على لان الأسفل يستحقه بعمله ولا خيب في العمل والأعلى يستحقه ملكه المستند بأداء الضمان ولا يعري عن نوع خيب قال (فإذا دفع رب المال مضاربة بالنصف وأذن له بأن يدفعه الى غيره فدفعه بالثلث وقد تصرف الثاني ورجع فان كان رب المال قاله على أن مازرؤقه فهو يثنان نصفان فله رب المال النصف وللضارب الثاني الثلث وللضارب الاول السدس) لان الدفع الى الثاني مضاربة قد صح لوجود الامر به من جهة المالك ورب المال شرط لنفسه نصف جميع مازرؤقه تعالى فلم يبق للاول الا النصف فيتصرف تصرفه الى نصيبه وقد جعل من ذلك بقدر ثلث الجميع الثاني فيكون له فلم يبق الا السدس ويطلب له ما ذلك لان فعل الثاني واقع للاول كمن استؤجر على خياطة ثوب بدرهم واستأجر غيره عليه بنصف درهم (وان كان قاله على أن مازرؤقه الله فهو يثنان نصفان فله المضارب الثاني الثلث والباقي بين المضارب الاول ورب المال نصفان) لانه فوض اليه التصرف وجعل لنفسه نصف مازرؤقه الاول وقد رزق الثلثين فيكون بينهما بخلاف الاول لانه جعل لنفسه نصف جميع الربح فافترقا (ولو كان قاله فخر بحت من شيء فيني وينسك نصفان وقد دفع الى غيره بالنصف فللثاني النصف والباقي بين الاول ورب المال) لان الاول شرط لثاني نصف الربح وذلك مقوض اليه من جهة رب المال فيستحقه وقد جعل رب المال لنفسه نصف ما ربح الاول ولم يربح الا النصف فيكون بينهما (ولو كان قاله على أن مازرؤقه الله تعالى في نصفه أو قاله كان من فضل فيني وينسك نصفان وقد دفع الى آخر مضاربة بالنصف فله رب المال النصف وللضارب الثاني النصف ولا شيء للضارب الاول) لانه جعل لنفسه نصف مطلق الفضل فيتصرف شرط الاول النصف للثاني الى جميع نصيبه فيكون الثاني بالشرط ويخرج الاول بغير شيء كمن استؤجر ليخط ثوباً بدرهم فاستأجر غيره ليخطه بمثل (وان شرط للضارب الثاني ثلثي الربح فله رب المال النصف وللضارب الثاني النصف ويضمن المضارب الاول للثاني سدس الربح في ماله) لانه شرط للثاني شيئاً هو مستحق لرب المال فلم ينقل في حقه لما فيه من الابطال لكن التسمية في نفسها محيضة لكون المسمى معلوماً في عقد عليه وقد ضمن له السلامة فيلزمه الوفاء به ولانه غرم في ضمن العقد وهو سبب الرجوع فلهذا يرجع عليه وهو نظير من استؤجر لخياطة ثوب بدرهم فدفعه الى من يخطه بدرهم ونصف

من حين خالف بالدفع الى غيره لا على الوجه الذي رضى به فصار كما اذا دفع مال نفسه) أقول لقائل أن يقول هذا التعليل انما يتمشى على قول زفر لان تحقق المخالفة بالدفع الى الغير انما هو قول زفر وعند أي يوسف ومحمد رحمه الله تعالى لا تتحقق المخالفة بالدفع مالم يعمل وعند أي حنيفة رجه الله لا تتحقق بالدفع ولا بالعمل مالم يربح وقد مر ذلك كله ولا يخفى ان الأهم بالبيان والتعليل ههنا قول أي حنيفة لكونه المذكور في الكتاب ثم قولهما لكونه ظاهر الرواية فلا ينبغي أن يساق التعليل على وجه يختص بقول زفر فليأمل في التوجيه

رجح كان نصيب المضارب من الربح طيباً له وان لم يعمل بنفسه وانما قال غره في ضمن العقد لان المغرور اذا لم يكن في ضمنه لا يوجب الضمان كما اذا قال لا آخر هذا الطريق آمن فاسلكه ولم يكن آمن فاسلكه فقطع عليه الطريق وأخذ ماله فلا ضمان عليه (قوله واعترض الى قوله وأجيب باختلاف الجهة) أقول المعترض والحجيب هو الاتقاني (قوله والظاهر من كلامه عدمه) أقول أي عدم التناقض (قوله ويجوز أن يكون الشخص عاملاً لغيره لمنفعة نفسه) أقول الظاهر أن الام للمنفعة

الابتداء صودع وعمل المودع وهو الحفظ للمودع والظاهر من كلامه عدمه لانه قال قبل هذا يعمل فيه لمنفعة نفسه ولم يقل عامر لنفسه ويجوز أن يكون الشخص عاملاً لغيره لمنفعة نفسه فلا تناقض بينهما حينئذ (ولانه مغرور ومن جهته في ضمن العقد) فان الاول قد غره والثاني اعتمد قوله في ضمن عقد المضاربة والمغرور في ضمن العقد يرجع على الغار (ونصح المضاربة) الثانية (والربح بينهما على ما شرط لان قرار الضمان على الاول فكأنه ضمنه ابتداءً ويطلب الربح الثاني ولا يطيب إلا على الثاني يستحقه بعمله ولا خيب فيه والاول يستحقه ملكه المستند بأداء الضمان ولا يعري عن نوع خيب لانه ثابت من وجه دون وجه وسبيله التصديق قال (فان دفع اليه رب المال مضاربة بالنصف الخ) هذه المسائل الى آخرها ظاهرة لا يحتاج فيها الى شرح وانما قال يطيب لهما ذلك أي للضارب الاول والثاني الثلث والسدس لان الاول وان لم يعمل بنفسه شيئاً فقد باشر العقدان ألا ترى أنه لو أضع المال مع غيره وأضعه رب المال حتى

(فصل ١٠) لما كان للضارب بعد ادخال عقد المضاربة أو رب المال حكم غير ما ذكر في فصل على حدة فقال (وإذا شرط المضارب رب المال ثلث الربح ولعبد رب المال ثلثه على أن يعمل العبد معه ولنفسه ثلثه فهو جائز) فقوله ولعبد رب المال في مقابلته شيئا أن عبد المضارب والأجنبي وليس ذلك باحتراز عن الأول لأن حكم عبد المضارب فيما نحن فيه حكم عبد رب المال فيكون احتراز عن الثاني فانه إذا شرط ذلك للأجنبي على أن يعمل مع المضارب صح الشرط والمضاربة جميعا وصارت المضاربة مع الرجلين وإن لم يشترط عمل الأجنبي معه صحّت المضاربة مع الأول والشرط باطل ويجعل الثلث المشروط للأجنبي كالسكوت عنه فكون رب المال لأن الربح إنما يستحق برأس المال أو بالعمل أو بضمن العمل ولم يوجد من ذلك شيء وقوله على أن يعمل العبد معه احتراز عما إذا لم يشترط ذلك فإن فيه تفصيلا أما أن يكون على العبد دين أو لا فإن لم يكن صح الشرط سواء كان العبد عبد المضارب أو عبد رب المال لأنه لما تعذر تصحيح هذا الشرط في حق العبد بما ذكرنا من انتفاء ما وجب استحقاق الربح في حقه جعلناه شرطاً في حق مولاه لأن ما هو شرط للعبد شرط لمولاه إذا لم يكن عليه دين وإن كان عليه دين فإن كان عبد المضارب (٧٣) فعلى قول أبي حنيفة لا يصح الشرط والمشرط كالسكوت عنه فيكون رب المال لأنه تعذر تصحيح هذا الشرط للعبد وتعذر تصحيحه للمضارب لأنه لا يملك كسب عبده عند أبي حنيفة إذا كان على العبد دين وعندهما يصح الشرط ويجب الوفاء به وإن كان عبد رب المال فالمشرط رب المال بلا خلاف وأما إذا شرط أن يعمل العبد وهو المذكور في الكتاب صريحاً فهو جائز على ما شرطنا سواء كان على العبد دين أو لم يكن (لأن للعبد يدام معتبرة لاسيما إذا

(فصل ١١) وإذا شرط المضارب لرب المال ثلث الربح ولعبد رب المال ثلث الربح على أن يعمل معه ولنفسه ثلث الربح فهو جائز) لأن للعبد يدام معتبرة خصوصاً إذا كان مأذوناً له واشترط العمل اذنه ولهذا لا يكون للمولى ولاية أخذاً ما ودعه العبد وإن كان محجوراً عليه ولهذا يجوز بيع المولى من عبده المأذون له وإذا كان كذلك لم يكن مانعاً من التسليم والتخلية بين المال والمضارب بخلاف اشتراط العمل على رب المال لأنه مانع من التسليم على ماله وإذا صحّت المضاربة يكون الثلث للمضارب بالشرط والثلث للمولى لأن كسب العبد للمولى إذا لم يكن عليه دين وإن كان عليه دين فهو لغرماءه إذا كان العاقد هو المولى ولو عقد العبد المأذون عقد المضاربة مع أجنبي وشرط العمل على المولى لا يصح أن لم يكن عليه دين لأن هذا اشتراط العمل على المالك وإن كان على العبد دين صح عند أبي حنيفة لأن المولى بمنزلة الأجنبي عنده على ما عرف والله أعلم

(فصل ١٢) وقوله وإذا شرط المضارب لرب المال ثلث الربح ولعبد رب المال ثلث الربح على أن يعمل معه ولنفسه ثلث الربح فهو جائز) هذه من مسائل الجامع الصغير وقد تكلم الشراح في أمر التقييد بعبد رب المال فيها فقال صاحب النهاية التقييد بعبد رب المال لا لا بشرط فإن الحكم في عبد المضارب كذلك أيضاً ونقل عن الذخيرة والمعنى تفصيلاً يدل على ذلك وقال صاحب معراج الداراية التقييد بعبد رب المال لا لا بشرط فإن حكم عبد المضارب كذلك وكذا الوشرط لأجنبي وكذا كل من لا يقبل شهادة المضارب أو شهادة رب المال وقيل قيد بعبد رب المال لأن فيه خلافاً لبعض أصحاب الشافعي وبعض أصحاب أحمد وفي غيره لا خلاف وجه قول البعض أن يد الغلام كيد سيده فلا يجوز اشتراط عمله كاشتراط عمل رب المال انتهى كلامه ورد عليه بعض الفضلاء فيما ذكره بقيل حيث قال بعد نقل

(١٠ - تكمله سابع)

كان مأذوناً له واشترط العمل اذنه ولهذا) أي ولأن للعبد يدام معتبرة (لا يكون للمولى ولاية أخذاً ما ودعه العبد وإن كان محجوراً عليه ولهذا) أي ولو لم يكن العبد معتبرة خصوصاً إذا كان مأذوناً له (يجوز بيع المولى من عبده المأذون له) يعني إذا كان مديوناً على ما سيجي (وإنما كان له يد معتبرة لم يكن اشتراط عمله مانعاً من التسليم والتخلية بين المال والمضارب بخلاف اشتراط العمل على رب المال لأنه مانع من التسليم على ماله وإذا صحّت المضاربة (والشرط) يكون الثلث للمضارب بالشرط والثلث للمولى لأن كسب العبد للمولى إذا لم يكن عليه دين وإذا كان عليه دين فهو لغرماءه إذا كان العاقد هو المولى ولو عقد المأذون له (الح) ظاهر

(فصل ١٣) وإذا شرط المضارب (ولعبد رب المال ثلث الربح) أقول قال الكاكي قيد بعبد رب المال لأن فيه خلاف بعض أصحاب الشافعي وبعض أصحاب أحمد وجه قولهم أن يد الغلام كيد سيده فلا يجوز اشتراط عمله كاشتراط عمل رب المال انتهى وفيه بحث لأنه لا خلاف في جواز اشتراط عمل عبد المضارب أو الأجنبي على أن يكون له الثلث (قوله فيجوز أن يكون احترازاً عن الثاني) أقول فيه تأمل (قوله فانه إذا شرط ذلك للأجنبي) أقول عبد أو امرأ ابن المضارب أو زوجته أو غيرها

وهو عزل المضارب وقسمة مال المضاربة في هذا الفصل قال (واذا مات رب المال أو المضارب بطلت المضاربة) لانتهى وكيل على ما تقدم وموت الموكل يبطل الوكالة وكذا موت الوكيل ولا تورث الوكالة وقد مر من قبل ذلك عنه وفيه بحث لانه لا خلاف في جواز اشتراط عمل عبد المضارب أو الاجنبي على أن يكون له الثلث انتهى (أقول) لا يفهم لهذا البحث وجه ورود على ذلك المنقول أصلا بل هذا يؤيد ذلك لان قوله لانه لا خلاف في جواز اشتراط عمل عبد المضارب الخ يصير بيانا لما قيل وفي غيره لا خلاف فلا مخالفة بين البحث ومورده فضلا عن المناقاة ثم ان محمول ذلك المنقول أنه اذا كان في عبد رب المال خلاف لافي غيره كان ذكر عبد رب المال محل الاحتياط والاهتمام دون ذكر غيره فلذلك قيده وهذا مما لا يقدح فيه البحث المذكور أصلا كما لا يخفى على الفطن وقال صاحب العناية قوله ولعبد رب المال في مقابلته شيان عبد المضارب والاجنبي وليس ذلك باحتراز عن الاول لان حكم عبد المضارب فيما نحن فيه حكم عبد رب المال فيصور أن يكون احتراز عن الثاني فانه اذا شرط ذلك للاجنبي على أن يعمل مع المضارب صح الشرط والمضاربة جازعا وصارت المضاربة مع الرجلين وان لم يشترط عمل الاجنبي معه صحّت المضاربة مع الاول والشرط باطل ويجعل الثلث المشروط للاجنبي كالسكوت عنه فيكون لرب المال لان الربح انما يستحق برأس المال أو بالعمل أو بضعمان العمل ولم يوجد من ذلك شي انتهى كلامه (أقول) فيه بحث لانه لا يكاد أن يحصل الاحتراز بقوله ولعبد رب المال عن الاجنبي أصلا أي سواء شرط أن يعمل مع المضارب أو لم يشترط أما اذا شرط ذلك فلائ حكم الاجنبي حينئذ عين حكم عبد رب المال حيث يصح الشرط والمضاربة جميعا فكيف يتصور الاحتراز مع الاتحاد في الحكم وأما اذا لم يشترط ذلك فلا نه وان تغير الحكم حينئذ حيث يبطل الشرط لكن السبب فيه عدم اشتراط العمل للكونه اجنبيا فالاحتراز عنه انما يحصل بقوله على أن يعمل معه لا بقوله ولعبد رب المال الاتري انه لو قال بدل قوله ولعبد رب المال ثلث الربح على أن يعمل معه ولا اجنبي ثلث الربح على أن يعمل معه لم يخرج الاجنبي الذي لم يشترط له العمل مع المضارب من حكم المسئلة أيضا فلم يكن لقوله ولعبد رب المال مدخل في الاحتراز عنه أصلا وقال صاحب الكفاية التقييد بعبد رب المال مع ان الحكم في عبد المضارب كذلك عند اشتراط العمل لدفع ما يتوهم أن يد العبيد للولي فيمنع التخليه فقال هو جازئ انتهى كلامه (أقول) هذا هو الحق عندي ولقد أشار اليه المصنف في تعليل المسئلة حيث قال لان العبيد امة معتبرة خصوصا اذا كان مأذونا له ثم قال واذا كان كذلك لم يكن مانعا من التسليم والتخليه بين رب المال والمضارب تأمل نقف

فصل في العزل والقسمة (قوله ثم عاد مسلما كالوكيل) أقول قال الاتقاني فانه اذا رجع الموكل مسلما لا تعود الوكالة في ظاهر الرواية خلافا لما روي عن محمد

وقد صرح في باب عزل الوكيل

فصل في العزل والقسمة قال (واذا مات رب المال أو المضارب بطلت المضاربة) لانتهى وكيل على ما تقدم وموت الموكل يبطل الوكالة وكذا موت الوكيل ولا تورث الوكالة وقد مر من قبل

ذلك عنه وفيه بحث لانه لا خلاف في جواز اشتراط عمل عبد المضارب أو الاجنبي على أن يكون له الثلث انتهى (أقول) لا يفهم لهذا البحث وجه ورود على ذلك المنقول أصلا بل هذا يؤيد ذلك لان قوله لانه لا خلاف في جواز اشتراط عمل عبد المضارب الخ يصير بيانا لما قيل وفي غيره لا خلاف فلا مخالفة بين البحث ومورده فضلا عن المناقاة ثم ان محمول ذلك المنقول أنه اذا كان في عبد رب المال خلاف لافي غيره كان ذكر عبد رب المال محل الاحتياط والاهتمام دون ذكر غيره فلذلك قيده وهذا مما لا يقدح فيه البحث المذكور أصلا كما لا يخفى على الفطن وقال صاحب العناية قوله ولعبد رب المال في مقابلته شيان عبد المضارب والاجنبي وليس ذلك باحتراز عن الاول لان حكم عبد المضارب فيما نحن فيه حكم عبد رب المال فيصور أن يكون احتراز عن الثاني فانه اذا شرط ذلك للاجنبي على أن يعمل مع المضارب صح الشرط والمضاربة جازعا وصارت المضاربة مع الرجلين وان لم يشترط عمل الاجنبي معه صحّت المضاربة مع الاول والشرط باطل ويجعل الثلث المشروط للاجنبي كالسكوت عنه فيكون لرب المال لان الربح انما يستحق برأس المال أو بالعمل أو بضعمان العمل ولم يوجد من ذلك شي انتهى كلامه (أقول) فيه بحث لانه لا يكاد أن يحصل الاحتراز بقوله ولعبد رب المال عن الاجنبي أصلا أي سواء شرط أن يعمل مع المضارب أو لم يشترط أما اذا شرط ذلك فلائ حكم الاجنبي حينئذ عين حكم عبد رب المال حيث يصح الشرط والمضاربة جميعا فكيف يتصور الاحتراز مع الاتحاد في الحكم وأما اذا لم يشترط ذلك فلا نه وان تغير الحكم حينئذ حيث يبطل الشرط لكن السبب فيه عدم اشتراط العمل للكونه اجنبيا فالاحتراز عنه انما يحصل بقوله على أن يعمل معه لا بقوله ولعبد رب المال الاتري انه لو قال بدل قوله ولعبد رب المال ثلث الربح على أن يعمل معه ولا اجنبي ثلث الربح على أن يعمل معه لم يخرج الاجنبي الذي لم يشترط له العمل مع المضارب من حكم المسئلة أيضا فلم يكن لقوله ولعبد رب المال مدخل في الاحتراز عنه أصلا وقال صاحب الكفاية التقييد بعبد رب المال مع ان الحكم في عبد المضارب كذلك عند اشتراط العمل لدفع ما يتوهم أن يد العبيد للولي فيمنع التخليه فقال هو جازئ انتهى كلامه (أقول) هذا هو الحق عندي ولقد أشار اليه المصنف في تعليل المسئلة حيث قال لان العبيد امة معتبرة خصوصا اذا كان مأذونا له ثم قال واذا كان كذلك لم يكن مانعا من التسليم والتخليه بين رب المال والمضارب تأمل نقف

فصل في العزل والقسمة أي في عزل المضارب وقسمته الربح لما فرغ من بيان حكم المضاربة والربح ذكر في هذا الفصل الحكم الذي يوجد بعد ذلك لان عزل المضارب بعد تحقق عقد المضاربة وكذا القسمة بعد تحقق مال الربح (قوله واذا مات رب المال أو المضارب بطلت المضاربة لانه لو وكيل على ما تقدم وموت الموكل يبطل الوكالة وكذا موت الوكيل) قال في العناية أخذ من النهاية ورد بأنه لو كان وكيل المار جع المضارب على رب المال مرة بعد أخرى اذا هلك الثمن عند المضارب بعد ما اشترى شيئا كالوكيل اذا دفع اليه الثمن قبل الشراء وهلك في يده بعده فانه يرجع به على الموكل ثم وهلك بعد ما أخذه ثانيا لم يرجع به عليه مرة أخرى وبأنه لو كان وكيل لا نعزل اذا عزل رب المال بعد ما اشترى بمال المضاربة عروضاً كما في الوكيل اذا علم به وبأنه لو كان وكيل المار جع المضارب على مضاربه اذا لحق رب المال بدار الحرب مرتد اثم عاد مسلما كالوكيل والجواب عن ذلك كله سيأتي انتهى كلامه يريد بالجواب الآتي عن الرد الاول ما يأتي في الكتاب قبيل فصل الاختلاف من بيان الفرق بين المضاربة

(وان ارتد رب المال عن الاسلام) والعياذ بالله (ولحق بدار الحرب بطلت المضاربة) لان الحقوق بمنزلة الموت
الآتري أنه يقسم ماله بين ورثته وقبل لحقوقه يتوقف تصرفه مضاربه عند أبي حنيفة رحمه الله لانه
يتصرف له فصار كتصرفه بنفسه

والوكالة في المسئلة الاولى وبالجواب الا ترى عن الرد الثاني ما يأتي في الكتاب أيضا في هذا الفصل من بيان
علة عدم انزال المضارب في المسئلة الثانية وبالجواب الا ترى عن الرد الثالث ما يأتي في الشروح
في المسئلة الا ترى المتصلة بما نحن فيه من بيان وجه المسئلة الثالثة (أقول) الذي يعلم عما ذكر في
المواضع الثلاثة الا ترى انما هو الفرق بين المضاربة والتوكيل في تلك المسائل الثلاثة وبذلك
لا يحصل الجواب عن الرد بالوجوه الثلاثة المذكورة ههنا لان حاصله الفسخ في الدليل الذي ذكره
المصنف بقوله لانه لو قيل بأنه لو كان توكيلا لمخالط حكمه حكم التوكيل في المسائل الثلاثة المذكورة
وبالفرق بين المضاربة والتوكيل في تلك المسائل لا يظهر كون المضاربة توكيلا حتى يندفع رد الدليل
المذكور ههنا بتلك المسائل بل يظهر به خلاف ذلك فيبدأ كالدرد والاشكال فان قلت المراد بما في
الدليل المذكور ان المضاربة توكيل في بعض الاحكام دون جميعها فلا يندفع فيه اختلافهما في الوجوه
الثلاثة المذكورة قلت فحينئذ لا يفيد الدليل المدعى اذ لا يلزم من كون المضاربة توكيلا في بعض
الاحكام كونها توكيلا فيما نحن فيه فلا يتم التقريب فان قيل المراد انما توكيل في بعض الاحكام
الذي من جملة ما نحن فيه قلنا حينئذ لا يصلح ما ذكر في معرض الدليل لان يكون دليلا أصلا يصح دونه
أخفى من المدعى ولا أقل من أن يصير مثل المدعى في المعرفة والجهالة فلا يتم المطلوب تأمل (قوله)
وان ارتد رب المال عن الاسلام ولحق بدار الحرب بطلت المضاربة) قال الشراح هذا اذا لم يعد مسلما
أما اذا عاد مسلما قبل القضاء بلحاظه أو بعده فكان عقد المضاربة على ما كان أمّا قبل القضاء بلحاظه
فلا ينفذ بمنزلة الغيبة وهي لا توجب بطلان المضاربة وأما بعد القضاء فلم يكن حق المضارب كالموت كان
مات حقيقة وعزم جماعة منهم الى اليسوط (أقول) فيه اشكال أما أولا فلا يثبت له مات حقيقة بطلت
المضاربة قطعاً كما مر في المسئلة المتقدمة أنفاً فكيف يصح قولهم كالمات حقيقة اللهم اذ أن يقيد
قولهم كالمات بحال كون المال عروضا فان المضارب لا يعزل حينئذ كما سيأتي في الكتاب وأما ثانياً
فلا يثبت ان كانت علة بقاء عقد المضاربة على حاله فيما اذا عاد مسلماً بعد القضاء بلحاظه هي مكان حق
المضارب كان ينبغي أن يبقى على حاله فيما اذا لم يعد أيضاً في هذه العلة فلي تأمل ثم أقول الذي يظهر من تعليل
المصنف هذه المسئلة وعما ذكر في بعض المعتمرات أن لا يكون فرق في بطلان المضاربة بين ما اذا لم يعد
مسلماً وبين ما اذا عاد مسلماً بعد لحوقه بدار الحرب مرداً سيما بعد القضاء بلحاظه أما ظهور ذلك من تعليل
المصنف هذه المسئلة فلانه قال في تعليقه اياها لان الحقوق بمنزلة الموت عندنا لا يرى أنه يقسم ماله
بين ورثته ولا يخفى أن المضاربة لا تبقى بعد الموت على ما كانت بل تبطل بالموت قطعاً كما مر فكذلك عاها
بمنزلة الموت وأما ظاهره - ووجه عما ذكر في بعض المعتمرات فلا يثبت في البدائع ولو ارتد رب المال فباع
المضارب أو اشتري بالمال بعد الردة فذلك كله موقوف في قول أبي حنيفة ان رجوع الى الاسلام بعد ذلك
نفذ ذلك كله والحق ردته بالعدم في جميع أحكام المضاربة وضار كأنه لم يرتد أصلاً وكذا اذا لحق بدار
الحرب ثم عاد مسلماً قبل أن يحكم بلحاظه بدار الحرب على الرواية التي تشترط حكم الحاكم بلحاظه للحكم
بموته وصيرورة أمواله ميراثاً لورثته فان مات أو قتل على الردة أو لحق بدار الحرب وقضى القاضي بلحاظه
بطلت المضاربة اهـ ولا يخفى أن المفهوم من قوله ثم عاد مسلماً قبل أن يحكم بلحاظه بدار الحرب بطلان
المضاربة لو عاد مسلماً بعد أن يحكم بلحاظه بدار الحرب ومن قوله على الرواية التي تشترط حكم الحاكم
بلحاظه للحكم بموته بطلانها ولو عاد قبل أن يحكم بلحاظه على الرواية التي لم تشترط حكم الحاكم بلحاظه للحكم

واذا ارتد رب المال عن
الاسلام والعياذ بالله ولحق
بدار الحرب بطلت المضاربة
يعني اذا لم يعد مسلماً أما اذا
عاد مسلماً قبل القضاء أو
بعده فكانت المضاربة كما
كانت أمّا قبل القضاء فلانه
بمنزلة الغيبة وهي لا توجب
بطلان المضاربة وأما بعده
فلحق المضارب كالمات
حقيقة وأما قبل لحوقه
فيتوقف تصرف المضارب
عند أبي حنيفة لان المضارب
يتصرف لرب المال فكان
كتصرف رب المال بنفسه
وتصرفه موقوف عنده
فكذا تصرف من يتصرف له

ولو كان المضارب هو المرتد فالمضاربة على حالها في قوله - جميعا حتى لو اشترى وباع وربح أو وضع ثم قتل على رذته أو مات أو لحق بدار الحرب فان جميع ما فاعل من ذلك جائز والربح بينهما على ما شرط لان عبارة صحيحة لان محتمل بالآدمية والتميز ولا خلل في ذلك والعبارة الصحيحة مبنى صحة الوكالة (٧٦) وتوقف تصرف المرتد على حق الوارث ولا توقف في ملك رب المال لعدم تعلقه

(ولو كان المضارب هو المرتد فالمضاربة على حالها لان عبارة صحيحة ولا توقف في ملك رب المال فبقيت المضاربة قال (فان عزل رب المال المضارب لم يعلم بعزله حتى اشترى وباع فتصرفه جائز) لانه وكيل من جهته وعزل الوكيل قصد ان يتوقف على علمه (وان علم بعزله والمال عروضا فله ان يبيعها ولا يمنعها العزل من ذلك) لان حقه قد ثبت في الربح وانما يظهر بالقسمة وهي تبني على رأس المال وانما ينقض بالبيع قال (ثم لا يجوز ان يشتري بثمنها شيئا آخر) لان العزل انما لم يعمل ضرورة معرفة رأس المال وقد اندفعت حيث صار نقد افيحل العزل (فان عزله ورأس المال دراهم أو دينار وقد اندفعت لم يجوز له ان يتصرف فيها) لانه ليس في اعمال عزله ابطال حقه في الربح فلا ضرورة قال وهذا الذي ذكره اذا كان من جنس رأس المال فان لم يكن بأن كان دراهم ورأس المال دينار أو على القلبه أن يبيعها بجنس رأس المال استقصا لان الربح لا يظهر الا به وصار كالعروض

به فبقيت المضاربة خلاصا ما يطبقه في العهدة فيما باع واشترى يكون على رب المال في قول أبي حنيفة لان حكم العهدة يتوقف برذته لانه لو لم يمته لقضى من ماله ولا تصرف فيه فكان كالصبي المحبوس اذا توكل عن غ - يره بالبيع والشراء وفي قول أبي يوسف ومحمد حالته في التصرف بعد الردة كهي فيه قبلها فالحق عليه ويرجع على رب المال قال (فان عزل رب المال المضارب الخ) اذا عزل رب المال المضارب ولم يعلم بعزله حتى لو اشترى وباع جاز تصرفه لانه وكيل من جهته وعزل الوكيل قصد ان يتوقف على علمه واذا علم بعزله والمال عروضا فله ان يبيعها ولا يمنعها العزل عن ذلك نقدا أو نسيئة حتى لو نسيءا عن البيع نسيئة لم يبر - ل بنه لان حقه قد ثبت في الربح بمقتضى صحة العقد والربح انما يظهر بالقسمة والقسمة تبني على رأس المال بتميزه ورأس المال انما ينض أي يتيسر ويحصل بالبيع ثم اذا باع شيئا لا يجوز ان

يعونه وان الظاهر من اطلاق قوله فان مات أو قتل على الردة أو لحق بدار الحرب وقضى القاضي لمحاقه بطلت المضاربة بعد ان تعرض لعوده مسلما فيما سبق بطلان ما بعد القضاء لمحاقه وان عاد مسلما وقال الامام الاسيحي في شرح الكافي للحاكم الشهيد ولو ارتد رب المال ثم قتل أو مات أو لحق بدار الحرب فان القاضي يجوز البيع والشراء على المضارب والربح له ويضمنه رأس المال في قياس قول أبي حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد هو على المضاربة بالولاية الاصلية فيتوقف ويبطل بالموت أو بالقضاء بالحق ولو لم يرفع الامر الى القاضي حتى عاد المرتد مسلما جاز جميع ذلك على المضاربة لانه اتفق رذته قبل اتصال القضاء بها فبطل حكمها اه ولا يخفى ان الظاهر من هذا ايضا انه لو عاد مسلما بعد القضاء لم يحرقه بطلت المضاربة بالاتفاق (قوله ولو كان المضارب هو المرتد فالمضاربة على حالها) في معنى كلام المصنف هذا احتمالان عقليان أحدهما ان يكون قوله هذا ناظرا الى قوله وان ارتد رب المال ولحق بدار الحرب بطلت المضاربة فيكون المعنى ولو كان المضارب هو المرتد الا حق بدار الحرب فالمضاربة على حالها أي هي غير باطلة وثانيهما ان يكون قوله هذا ناظرا الى قوله وقبل لحوقه بتوقف تصرف مضاربه عند أبي حنيفة فيكون المعنى ولو كان المضارب هو المرتد قبل لحوقه فالمضاربة على حالها أي لا يتوقف تصرفه عند أبي حنيفة ايضا بل يجوز جميع تصرفاته عندهم جميعا وقد ذهب الى المعنى الاول صدر الشريعة في شرح الوفاية حيث قال في شرح قول صاحب الوفاية وتبطل بموت أحدهما ولحق المالك من يتد بخلاف لحاق المضارب بدار الحرب مرتد احيث لا تبطل المضاربة لانه عبارة صحيحة اه واقتنى أثره من المتأخرين صاحب الدرر والغرر وصاحب الاصلاح والايضاح وهو الظاهر من نفس عبارة الوفاية ايضا حيث أصنف فيها الموت المبطل الى أحدهما مطلقا واللاحق المبطل الى المالك فقط فدل على ان لحاق المضارب لا يبطل بناء على ان تخصيص الشيء بالذكر في الروايات يدل على نفي الحكم عما عدمه بالاتفاق كما نصوا عليه (أقول) ذلك المعنى ليس يصح عندي اذ قد تقرر في باب أحكام المرتدين ان المرتد اذا لحق بدار الحرب وحكم الحاكم لمحاقه صار من أهل الحرب وهم أموات في حق أحكام الاسلام ولقد أفصح عنه المصنف في هذا الفصل ايضا حيث قال في تعليل بطلان

المضاربة يشتري بالثمن شيئا آخر لان العزل انما لم يعمل ضرورة معرفة رأس المال وقد اندفعت حيث صار نقدا فيعمل وان عزله ورأس المال دراهم أو دينار فقد نضت فلم يجوز له أن يتصرف فيها لانه ليس في اعمال عزله ابطال حقه في الربح لظهوره فلا ضرورة في ترك الاعمال قال هذا الذي ذكره ان كان من جنس رأس المال فان لم يكن بأن كان دراهم ورأس المال دينار أو على القلبه أن يبيعها بجنس رأس المال استقصا لان الربح لا يظهر الا به وصار كالعروض

وعلى هذا موت رب المال ولحقه بعد الردة في بيع العروض ونحوها قال (واذا اختلفا في المال ديون وقد ربح المضارب فيه أجبره الحاكم على اقتضاء الديون) لانه بمنزلة الاجير والربح كالأجر

المضاربة اذا ارتد رب المال ولحق بدار الحرب لان الحقوق بمنزلة الموت ألا ترى أنه يقسم ماله بين ورثته اه فاذا كان كذلك فالحق يمكن تصرف الميت حتى يصح تصرف المضارب على حاله بعد أن لحق بدار الحرب مرتداعلى ان بطلان المضاربة اذا لحق المضارب بدار الحرب وقضى لمخاطبه مصرح به في المعتمرات قال في البدائع وإن مات المضارب أو قتل على الردة بطلت المضاربة لان موته في الردة كونه قبل الردة وكذا اذا لحق بدار الحرب وقضى لمخاطبه لان رده مع الحاق والحكم به بمنزلة موته في بطلان تصرفه اه فالحق هو المعنى الثاني وهو مراد المصنف كما مرشد اليه قوله في تعليقه ولا توقف في ملك

رب المال اذا لرب ان هذا القول للاختلاف في التوقف في ملك رب المال عند أبي حنيفة اذا كان هو المرتد والتوقف في ملكه عنده انما يكون قبل الحاق لا بعده فلا بد أن يكون المراد ههنا أيضا ما يكون قبل الحاق لا بعده وهذا القول في التعليل وبشره زيادة الشرح في قوله جميعا بعد قوله فالمضاربة على حالها حيث قالوا فالمضاربة على حالها في قولهم جميعا فلا شك ان زيادة هذا القيد للاجاء الى تحقق الخلاف بين أئمتنا فيما اذا كان رب المال هو المرتد ولا خلاف فيه بعد الحقوق وانما الخلاف فيه قبل الحقوق حيث يتوقف تصرف مضاربه عند أبي حنيفة ولا يتوقف عنده ما قبل يتقيد فلا بد أن يكون المراد بالوافق في بقاء المضاربة على حالها فيما اذا كان المضارب هو المرتد هو الوفاق فيه قبل الحقوق لتظهر فائدة ذلك القيد تدبر (قوله وعلى هذا موت رب المال في بيع العروض ونحوها) وفي بعض النسخ وعلى هذا موت رب المال ولحقه بعد الردة في بيع العروض ونحوها فكلما ههنا في قوله وعلى هذا إشارة الى قوله لا يمنع العزل من ذلك يعني لا ينعزل المضارب بالعزل الحكمي اذا كان

المال عروضاً بل يبيعها بعد العزل كما لا ينعزل بالعزل القسدي في تلك الصورة لان عدم عمل العزل فيها لا يلزم ابطال حق المضارب ولا تفاوت في ذلك بين ذلك العزلين ثم ان ضمير المؤنث في قوله ونحوها راجع الى العروض أى ونحو العروض في حق البيع بان كان رأس المال دراهم والنقد دنانير أو على القلب هذا ما ذهب اليه أكثر الشراح وهو المختار عندى وأما صاحب غاية البيان فقال وأراد بقوله ونحوها ما اذا ارتد رب المال ولحق بدار الحرب أو قتل أو مات مرتداعلى باع المضارب العروض جازي بعهه على المضاربة لمقتضى الضمير في ونحوها على هذا يرجع الى موت رب المال على تأويل المنية فينبغي أن يقال برفع الواو (أقول) فيه نظر لانه مع ابتناؤه على تأويل بعيد من حيث اللفظ مخدول من حيث المعنى أما على النسخة الثانية فظاهر لان ما هو نحو الموت انما هو الحقوق بدار الحرب مرتدا وقد ذكرهذا صريحاً في تلك النسخة بقوله ولحقه بعد الردة فلم يبق بعد ذلك محل لان يقال ونحو الموت وأما على النسخة الاولى فلا أنه قد أدرج الموت في بيان ما هو المراد بقوله ونحوها حيث قال وأراد بقوله ونحوها ما اذا ارتد رب المال ولحق بدار الحرب أو قتل أو مات فيلزم أن يكون الموت نحو الموت وهو باطل ثم قال صاحب الغاية ويجوز أن يرجع الى بيع العروض بان يعطى المضاف حكم المؤنث باعتبار اضافته الى المؤنث كما في قوله * كما شرقت مدبر القضاة من الدم * فعلى هذا يقال بجواز الواو (أقول) هذا أيضا مع كونه تعسفاً من حيث اللفظ ركيزاً من حيث المعنى لانه يوجب للمضارب بعد موت رب المال تصرف آخر في مال المضاربة نحو تصرف في بيع العروض وليس كذلك ثم قال ويجوز أن يرجع الى العروض على معنى في بيع العروض وفي بيع نحو العروض كما اذا كان رأس المال دراهم والمال دنانير أو على العكس لانها نحو العروض في ان المضارب لا ينعزل بموت رب المال اه كلامه (أقول)

(قوله وعلى هذا موت رب المال) يريد به أن العزل الحكمي كالتقصدي في حق المضارب ففي كل موضع لم يصح العزل القسدي لم يصح الحكمي لان عدم عمل العزل بما فيه من ابطال حق المضارب ولا تفاوت في ذلك بين العزلين (واذا اختلفا في المال ديون وقد ربح المضارب فيه أجبره الحاكم على اقتضاء الديون لكونه بمنزلة الاجير وأجره الربح

قال المصنف (وعلى هذا موت رب المال ولحقه بعد الردة في بيع العروض ونحوها) أقول الضمير في قوله ونحوها راجع الى الموت على تأويل المنية ويجوز أن يرجع الى بيع العروض على اكتساب التائب من المضاف اليه وفيه شئ

وان لم يرجع ليحجب على ذلك لانه وكيل محض (حيث ذوالو وكيل متبرع) والمتبرع لا يجبر على ايفاء ما تبرع به) فان قيل رد رأس المال على الوجه الذي قبضه واجب عليه وذلك لا يتم الا بالقبض وما لا يتم الواجب الا به فهو واجب أجيب باننا لانسلم أن الرد واجب وانما الواجب عليه رفع يده كالمودع (فيقال له وكل رب المال في الاقتضاء) فاذا فعل ذلك فقد زالت يده ولا بد له من ذلك (لان حقوق العقد ترجع اليه) فان لم يوكل يضيع حق رب المال (وفي الجامع الصغير يقال له أجل مكان قوله وكل والمراد به الوكالة) فكان في الكلام استعارة ومجوزها معروف وهو اشتغالها على النقل وانما تفسيره بذلك لان أجل رعايوهم أن رأس المال دين في ذمة المضارب وليس كذلك (وعلى هذا سائر الوكالات) يعني الوكيل اذا باع وانعزل يقال له وكل الموكل بالاقتضاء (و) أما (البيع والسمسار) وهو الذي يعمل للغير بيعاً أو شراءً فانهم ما (يجبران على التقاضي لانهم ما يملكان) (٧٨) بالاجرة عادة) واذا وصل اليه أجره أجب على تمام عمله واستجاره فلما انحلو عن فساد لانه اذا استؤجر

على امرأته فقد استؤجر على ما لا يستقل به لان الشراء لا يتم الا بمساعدة البائع على بيعه وقد لا يساعده وقد يتم بكلمة واحدة لا يتم بعشر كلمات فكان فيه نوع جهالة والاحسن في ذلك أن يأمر بالبيع والشراء ولم يشترط أجراف يكون وكيلاً معيناً ثم اذا فرغ من عمله عوض بأجر المثل هكذا روى عن أبي يوسف ومحمد قال (وما هلك من مال المضاربة فهو من الربح الخ) الاصل في هذا أن الربح لا يتبين قبل وصول رأس المال الى رب المال قال النبي صلى الله عليه وسلم مثل المؤمن كمثل التاجر لا يسلم له ربحه حتى يسلم له رأس ماله فكذلك المؤمن لا يسلم له ثوابه حتى تسلم له

(وان لم يكن له ربح لم يلزمه الاقتضاء) لانه وكيل محض والمتبرع لا يجبر على ايفاء ما تبرع به (ويقال له وكل رب المال في الاقتضاء) لان حقوق العقد ترجع الى العاقد فلا بد من توكيله كي لا يضيع حقه وقال في الجامع الصغير يقال له أجل مكان قوله وكل والمراد منه الوكالة وعلى هذا سائر الوكالات والبيع والسمسار يجبران على التقاضي لانهم ما يملكان بالجرعة عادة قال (وما هلك من مال المضاربة فهو من الربح دون رأس المال) لان الربح تابع وصرف الهلاك الى ما هو التبع أولى كما يصرف الهلاك الى العفو في الزكاة (فان زاد الهالك على الربح فلا ضمان على المضارب) لانه أمين (وان كانا يتقسمان الربح والمضاربة بمحالها ثم هلك المال بفضله أو كله تراد الربح حتى يستوفي رب المال رأس المال) لان قسمة الربح لا تصح قبل استيفاء رأس المال لانه هو الاصل وهداية عليه وتبع له فاذا هلك ما في يد المضارب أمانة تبين ان ما استوفياه من رأس المال فيضمن المضارب ما استوفاه لانه أخذ نفسه وما أخذ رب المال محسوب من رأس ماله (واذا استوفى رأس المال فان فضل شيء كان بينهما لان الربح وان نقص فلا ضمان على المضارب) لما بينا (ولو اقسما الربح ونسخا المضاربة ثم عقدا هلك المال لم تراد الربح الاول) لان المضاربة الاولى قد انتهت والثانية عقد جديد وهلاك المال في الثاني لا يوجب انتقاض الاول كما اذا دفع اليه مالا آخر (فصل فيما يفعله المضارب)

الآن محصل الحق والتجرب انه جعل هذا أبعد الاحتمالات مع كونه أقربها لفظاً ومعنى (قوله وان لم يكن له ربح لم يلزمه الاقتضاء لانه وكيل محض والمتبرع لا يجبر على ايفاء ما تبرع به) قال بعض الفضلاء هذا منقوض بالكفيل فانه متبرع ويجبر على ايفاء ما تبرع به فتأمل اه (أقول) هذا النقص مدفوع بأن المراد أن المتبرع الغير الملزم لا يجبر على ايفاء ما تبرع به والكفيل ملزم لان يطالب بما على الغير على ما عرف في محله فلا يرد القبض به وبعبارة أخرى أن المراد أن المتبرع لا يجبر على ايفاء ما تبرع به في العقود الغير اللازمة والكفالة عقد لازم على ما عرف أيضاً في محله فلا انتقاض ولئن سلم اطلاق الكلام ههنا فهو مجرى على موجب القياس والكفيل ضامن بالنص وهو قوله صلى الله عليه وسلم الزعيم غارم على حاصر في كتاب الكفالة فلا ضير في خروجه اذا القياس ترك فيه بالنص وبقي على حاله فيما عداه فتأمل (فصل فيما يفعله المضارب) قال في غاية البيان وكان القياس أن لا يذ كر الفصل هنا بل كان ينبغي

عزائمه أو قال فرائضه ولان رأس المال أصل والربح تبع ولا يعتبر بالتبع قبل حصول الأصل فحق هلك منه شيء ان استكمل من التبع فاذا زاد الهلاك على الربح فلا ضمان عليه لانه أمين وان اقسما تراد لان القسمة تعيد ملكاً موقوفاً ان بقي ما أعد الى رأس المال الى وقت الفسخ كان ما أخذ كل منه ملكاً وان هلك بطلت القسمة وتبين أن المقسوم رأس المال (فصل فيما يفعله المضارب الخ) ذكر في هذا الفصل ما لم يذكر في أول المضاربة من أفعال المضاربة زيادة للفادة وتنبيهاً على مقصودية أفعال المضاربة بالاعادة

قال المصنف (وان لم يكن له ربح لم يلزمه الاقتضاء لانه وكيل محض والمتبرع لا يجبر على ايفاء ما تبرع به الخ) أقول هذا منقوض بالكفيل فانه متبرع ويجبر على ايفاء ما تبرع به فتأمل ثم المضارب لا يجبر على الاقتضاء اذا لم يكن له ربح ويقال له وكل وعلى هذا سائر الوكالات (فصل فيما يفعله المضارب)

قال (ويجوز للضارب الخ) ما كان من صنيع التجار يتناوله اطلاق العقد فجاز أن يفعله المضارب وما لا فلا فجاز للضارب أن يبيع بالنقد والتسبئة لأن من ذلك الا اذا باع الى أجل لا يبيع التجار اليه قال في النهاية بأن باع الى عشرين نخله ووجه حينئذ من صنيع التجار ولهذا كان له أن يشتري دابة للركوب وليس له أن يشتري سفينة للركوب قيل هذا في مضارب خاص كالطعام مثلا وأما اذا لم يخص كان له شراء السفينة والدواب اذا اشترى طعاما يحمله عليها وظاهر كلامه يدل على ان ذلك اذا كان (٧٩) للركوب لا يجوز واذا كان للعمل فهو

سأكت عنه وله أن يستكرها أي السفينة والدواب مطلقا اعتبار العادة التجارية اذا اشترى طعاما لا يجذب من فلك فهو من توابع التجارة في الطعام وله أن يأذن لعبد المضاربة في التجارة في الرواية المشهورة لكونه من صنيعهم وقيد بالمشهورة لان ابن رستم روى عن محمد أنه لا يملك الاذن في التجارة لانه بمنزلة الدفع مضاربة والفرق بينهما أن المأذون لا يصير شر بكا في الربح ولو باع نقدا ثم آخر الثمن جاز بالاجماع ما عند أبي حنيفة ومحمد فلا أن الوكيل يملك ذلك فالمضارب أولى لموم ولايته لكونه شريكا في الربح أو بعرضية ذلك الا أن الوكيل يضمن كاتقدم والمضارب لا يضمن لانه أن يقابل العقد ثم يبيع نسبية لأن من صنيع التجار فبعل تأجيله بمنزلة الاقالة والبيع نسبية ولا كذلك الوكيل فانه يضمن اذا آخر الثمن لانه لا يملك الاقالة والبيع نسبية بعدما باع مرة لانتهاء وكالته وأما عند أبي يوسف فلا

قال (ويجوز للضارب أن يبيع بالنقد والتسبئة) لان كل ذلك من صنيع التجار فينتظمه اطلاق العقد الا اذا باع الى أجل لا يبيع التجار اليه لان الامر العام المعروف بين الناس ولهذا كان له أن يشتري دابة للركوب وليس له أن يشتري سفينة للركوب وله أن يستكرها اعتبار العادة التجارية وله أن يأذن لعبد المضاربة في التجارة في الرواية المشهورة لانه من صنيع التجار ولو باع بالنقد ثم آخر الثمن جاز بالاجماع أما عند هما فلا أن الوكيل يملك ذلك فالمضارب أولى الا أن المضارب لا يضمن لانه أن يقابل ثم يبيع نسبية ولا كذلك الوكيل لانه لا يملك ذلك وأما عند أبي يوسف فلا يملك الاقالة ثم البيع بالنقد بخلاف الوكيل لانه لا يملك الاقالة ولو احتال بالثمن على الأيسر أو الاعسر جاز لان الحوالة من عادة التجار بخلاف الوصي بحال القيم حيث يعتبر فيه الا نظر لان تصرفه مقيم بشرط النظر والاصل ان ما يفعله المضارب ثلاثة أنواع نوع يملكه بطلاق المضاربة وهو ما يكون من باب المضاربة وتوابعها وهو ما ذكرنا ومن جعله التوكيل بالبيع والشراء الحاجة اليه والرهن والارتهاان لانه يافاه واستيفاه والاجارة والاستئجار والايديع والابضاع والمسافرة على ما ذكرناه من قبل ونوع لا يملكه بطلاق العقد ويملكه اذا قبل له اعمل برأيت وهو ما يحتمل أن يلحق به فيلحق عند وجود الدلالة وذلك مثل دفع المال مضاربة أو شركة الى غيره وخط مال المضاربة بماله أو بمال غيره لان رب المال رضى بشركته لا بشركة غيره وهو امر عارض لا يتوقف عليه التجارة فلا يدخل تحت مطلق العقد ولكنه جهة في التتمير

أن تذكر المسائل المذكورة فيه في أول الكتاب عند قوله واذا صححت المضاربة مطلقة جاز للضارب أن يبيع ويشترى ويوكل ويسافر ويضع ويودع الا انه ذكر الفصل هناك زيادة الافادة لانه ذكرهنا ما لم يذكر نعمة انتهى (أقول) لا يذهب على ذي فطرة سلمة أن ما ذكره بقوله الا انه ذكر الفصل هناك زيادة الافادة لانه ذكرهنا ما لم يذكر نعمة لا يجدي شي في دفع ما ذكره أولا لان زيادة الافادة انما تقتضي أن لا يقتصر على ما ذكرنا في أول الكتاب بل يذكر مجموع ما ذكرهنا وما ذكرهنا ولا تقتضي أن يذكر بعضها نعمة وبعضها هنا في فصل على حدة فبقى مقتضى القياس الذي ذكره في أول كلامه على حاله تبصر وقال في النهاية والعناية ذكر في هذا الفصل ما لم يذكر في أول المضاربة من أفعال المضارب زيادة الافادة وتنبيه على مقصودية أفعال المضارب بالاعادة انتهى (أقول) لا يرد على هذا التقرير ما يرد على ذلك ولكن فيه شيء آخر يجب حله وهو أن قوله وتنبيه على مقصودية أفعال المضارب بالاعادة ينافي في الظاهر قوله ذكر في هذا الفصل ما لم يذكر في أول المضاربة من أفعال المضارب لان الاعادة تقتضي الذكر مرة أولى وقد قال أولا ما لم يذكر في أول المضاربة من أفعال المضارب وحل ذلك أن المراد بالاعادة عادة جنس أفعال المضارب لا عادة خصوص ما ذكرهنا واعادة جنسها انما تقتضي ذكر نسهم مرة أولى لا خصوص ما يعاد من جنسها فلا منافاة تأمل (قوله لان رب المال رضى بشركته لا بشركة غيره الخ) أقول فيه شيء وهو أن هذا الدليل قاصر عن افادة تمام المدعى اذ لا يجري في صورة خلط مال المضاربة بماله وهي داخله

المضارب يملك الاقالة والبيع نسبية كما قاله وان كان الوكيل لا يملك ذلك ولو قبل المضارب الحوالة جاز سواء كان أيسر من المشتري أو أعسر منه لما ذكرناه لو أقام العقد مع الاول ثم باعه بمثله على المحتال عليه جاز فكذا اذا قبل الحوالة ولأن من صنيعهم بخلاف الوصي بحال القيم فان تصرفه نظري فلا بد وان يكون المحتال عليه أيسر ثم ذكر الاصل فيما يفعله المضارب بأنواعه الثلاثة وهو ظاهر

(قوله أي السفينة والدواب مطلقا) أقول أي سواء كان في نوع خاص أو مطلقا قال المصنف (وله ان يأذن لعبد المضاربة في التجار) أقول بوضوح آخر لقوله لانه الامر العام المعروف عطف على قوله ولهذا كان له أن يشتري

ثم قال (ولا يزوج عبدا ولا أمة من مال المضاربة) لأن التزويج ليس بمضاربة والعقد لا يتضمن الائتوكيل بها (وجوز أبو يوسف تزويج الأمة لأنه جعله من الاكتساب) بلزوم المهر وسقوط النفقة والجسواب أنه ليس بمضاربة وإن كان فيه كسب فصار كالاقتناع على مال لا يدخل تحت المضاربة وفاقه أهل المال (فإن دفع شيئا من مال المضاربة إلى رب المال الخ) فإن دفع إلى رب المال شيئا من مال المضاربة بضاعة فاشترى به رب المال وباع لم تبطل المضاربة خلافاً لفرق فإن رب المال تصرف في مال نفسه بغير توكيل إذا لم يصرح به فيكون مسترداً للمال ولهذا لا يصح اشتراط العمل عليه ابتداءً ولأن الواجب هو التولية وقد تمت فصار التصرف حقا للمضارب وله أن يوكل ورب المال صالح لذلك والابضاع توكيل لأنه استعانة ولما صح استعانة المضارب بالأجنبي فرب المال أولى لكونه أشق على المال فلا يكون استرداداً بخلاف شرط العمل عليه ابتداءً

(قوله إذا لم يصرح به) أقول فيه بحث

في هذا الوجه بواقفه قيدخل فيه عند وجود الدلالة وقوله أعمل برأيك دلالة على ذلك وقوع لا يملكه مطلق العقد ولا بقوله أعمل برأيك الآن ينص عليه رب المال وهو الاستدانة وهو أن يشتري بالدرهم والدنانير بعد ما اشترى رأس المال السلعة وما أشبه ذلك لأنه يصير المال زائداً على ما انعقد عليه المضاربة ولا يرضى به ولا يشغل ذمته بالدين ولو أذن له رب المال بالاستدانة صار المشتري بينهما نصفين بمنزلة شركة الوجوه وأخذ السلعة لأنه نوع من الاستدانة وكذا أعطوا لها لا مقراض والعقود بمال وبغير مال والكتابة لأنه ليس بمضاربة ولا مقراض والهبة والصدقة لأنه تبرع شخص قال (ولا يزوج عبداً ولا أمة من مال المضاربة) وعن أبي يوسف أنه يزوج الأمة لأنه من باب الاكتساب ألا ترى أنه يستفيد به المهر وسقوط النفقة ولهما أنه ليس بمضاربة والعقد لا يتضمن الائتوكيل بالتجارة وصار كالكتابة والاعتناق على مال فإنه اكتساب ولكن لما لم يكن تجارة لا يدخل تحت المضاربة فكذلك هذا قال (فإن دفع شيئا من مال المضاربة إلى رب المال بضاعة فاشترى به رب المال وباع فهو على المضاربة) وقال زفر نفق المضاربة لأن رب المال متصرف في مال نفسه فلا يصلح وكلاهما فيصير مسترداً وله إذا تصح إذا شرط العمل عليه ابتداءً ولأن التولية فيه قد تمت وصار التصرف حقا للمضارب فيصير رب المال وكسباً عنه في التصرف والابضاع توكيل منه فلا يكون استرداداً بخلاف شرط العمل عليه في الابتداء

أيضاً المدعى كما ترى (قوله) فإن دفع شيئا من مال المضاربة إلى رب المال بضاعة فاشترى به رب المال وباع فهو على المضاربة) قال صاحب العناية وكلام المصنف يوهم اختصاص الابضاع ببعض المال حيث قال من مال المضاربة وليس كذلك فإن الدليل لم يفصل بين كونه بعضاً وكلاً وبه صرح في الذخيرة والمبسوط انتهى (أقول) الظاهر في بيان الإيهام كلام المصنف اختصاص الابضاع ببعض المال أن يقال حيث قال شيئا من مال المضاربة فإن منشأ الإيهام انما هو مجموع قوله شيئا من مال المضاربة لا قوله من مال المضاربة فقط بل جواز أن يراد بكلمة من البيان لا التبعض ألا ترى أنه لو قال فإن دفع ما أخذ من مال المضاربة إلى رب المال بضاعة تعين البيان وارتفع الإيهام كما لا يخفى على الفطن بخلاف ما إذا قال فإن دفع شيئا من مال المضاربة إلى رب المال بضاعة فإنه قريب من التصريح ببعض المال كما لا يشبهه على ذي فطرة سليمة وعن هذا يقال صاحب النهاية وهذا اللفظ كما ترى يقتضي أن يكون المدفوع إلى رب المال بعض مال المضاربة ولم يقل حيث قال من مال المضاربة وأما صاحب الكافي فلما رأى لفظ المصنف موهما للاختصاص بابضاع بعض المال غيره فقال فإن دفع المضارب مال المضاربة أو شيئاً منه إلى رب المال بضاعة واشترى به رب المال وباع فهي مضاربة بما لها انتهى (قوله) وقال زفر تفسد المضاربة لأن رب المال متصرف في مال نفسه فلا يصلح وكلاهما فيصير مسترداً ولهذا لا تصح إذا شرط العمل عليه ابتداءً) قال صاحب العناية في شرح هذا المقام قال زفر رب المال تصرف في مال نفسه بغير توكيل إذا لم يصرح به فيكون مسترداً للمال ولهذا لا يصلح اشتراط العمل عليه ابتداءً (أقول) هذا الشرح لا يطابق المشروح فإن الظاهر منه أن علة فساد المضاربة عند زفر في مسئلتنا هذه كون تصرف رب المال في مال نفسه بغير توكيل بناءً على عدم تصريح المضارب بالتوكيل فيفهم منه أن المضارب لو صرح بالتوكيل تصح المضاربة عنده أيضاً في هذه المسئلة وليس كذلك والظاهر من المشروح أن علة ذلك عنده كون رب المال متصرفاً في مال نفسه غير صالح لأن يكون وكلاهما بناءً على أن المرء لا يصلح وكلاً للغير فيما يعمل في ملك نفسه ولقد أقنع عنه صاحب الكافي حيث قال قال زفر تفسد المضاربة لأن رب المال متصرف في مال نفسه فلا يصلح وكلاهما بناءً على أن المرء فيما يعمل في ملكه لا يصلح وكلاً للغير فصار مسترداً انتهى

(قوله)

لا يمنع التخلية فان قيل رب المال لا يصلح وكيلاً لان الوكيل من يعمل في مال غيره ورب المال لا يعمل في مال غيره بل في ماله أجيب بأن رب المال بعد التخلية صار كالاجنبي عن المال فجازى وكيله فان قيل لو كان كذلك تصح المضاربة مع رب المال أجاب بقوله (وبخلاف ما اذا دفع المال الى رب المال مضاربة حيث لا يصح لان المضاربة تنعقد شركة على مال رب المال وعمل المضارب ولا مال ههنا فلو جوزناه لا أدى الى قلب الموضوع) واقائل أن يقول رب المال اما أن يصير بالتخلية كالاجنبي أو لا فان كان الاول جازت المضاربة وان كان الثاني لم يجز الا بضاع فالقياس شمول الجواز وعدمه والجواب انه صار كالاجنبي قوله جازت المضاربة قلنا نعم لان المضاربة تقتضي المال للدافع وليس بوجود بخلاف البضاعة فانها لو وكيل على ما حرر وليس المال من لوازمه فان الوكيل قد يجوز أن يوكل وليس المال له (واذا لم تصح) المضاربة الثانية (بقي عمل رب المال بأمر المضارب فلا تبطل به المضاربة الاولى) وكلام المصنف يوضح اختصاص البضاع ببعض المال حيث قال شيئاً من مال المضاربة وليس كذلك فان الدليل لم يفصل بين كونه بعضاً أو كلاً وبصرح في النخبة والمبسوط وقيد بدفع المضاربة لان رب المال اذا أخذ مال المضاربة من منزل المضارب بغير أمره وباع واشترى فان كان رأس المال نقداً فقد نقض المضاربة اذا الاستعانة من المضارب لم يوجد حديث لا يدفع منه فكان رب المال عاملاً لنفسه ومن ضرورة ذلك انتفاض المضاربة وان صار رأس المال عرضاً لا يكون نقضاً لان النقض الصريح اذا كان رأس المال عرضاً لم يعمل (٨١) فيها هذا أولى قال (واذا عمل

لانه يمنع التخلية وبخلاف ما اذا دفع المال الى رب المال مضاربة حيث لا يصح لان المضاربة تنعقد شركة على مال رب المال وعمل المضارب ولا مال ههنا فلو جوزناه يؤدي الى قلب الموضوع واذا لم تصح بقي عمل رب المال بأمر المضارب فلا تبطل به المضاربة الاولى قال (واذا عمل المضارب في المصنف ليست تنفقه في المال وان سافر قطعاً عنه وشرايه وكسوته وركوبه) ومعناه شراؤه وكراهه في المال ووجه الفرق أن النفقة تجب بازاء الاحتباس كنفقة القاضي ونفقة المرأة والمضارب في المصنف كمن بالسكنى الاصلى واذا سافر صار محبوساً بالمضاربة فيستحق النفقة فيه وهذا بخلاف الاجير لانه يستحق البدل لا محالة فلا يتضرر بالاتفاق من ماله أما المضارب فليس له الا الربح وهو في حيز التردد فلو أنفق من ماله يتضرر به وبخلاف المضاربة الفاسدة لانه أجبر وبخلاف البضاعة لانه متبرع قال (فان بقي شيء في يده بعد ما قدم مصره رده في المضاربة) لانتهاء الاستحقاق ولو كان خروجه دون السفر فان كان بحيث يغدو ثم يروح فيبيت بأهله فهو بمنزلة السوقي في المصروف وان كان بحيث لا يبيت بأهله فنفقته في مال المضاربة لان خروجه للمضاربة والنفقة هي ما يصرف الى الحاجة الزائدة وهو ما ذكرنا من ذلك غسل ثيابه وأجره أجبر بخدمة وعلف دابة يركبها والدهن في موضع يحتاج اليه عادة كاللحاجز وانما يبطل في جميع ذلك بالمعروف حتى يضمن الفضل ان جاوزه اعتباراً للتعارف بين التجار قال (وأما الدواقي ماله) في ظاهر الرواية وعن أبي حنيفة رجه الله انه يدخل في النفقة لانه لا صلاح بدنه ولا يتمكن من التجارة الا به فصار كالنفقة وجه الظاهر أن الحاجة الى النفقة معلومة الوقوع والى الدواقي يعارض المرض ولهذا كانت نفقة المرأة على الزوج ودواقي ماله

(١١ - تكمله سابع) عامل له يسد مضمون في ذمة المستأجر وذلك يحصل له يمين فلا يتضرر بالاتفاق من ماله أما المضارب فليس له الا الربح وهو في حيز التردد قد يحصل وقد لا يحصل فلو أنفق من ماله يتضرر به وحكم المضاربة الفاسدة حكم الاجارة واذا أخذ شيئاً للنفقة وهو مسافر فقد مرقى معه شيء منه رده في المضاربة لانتهاء الاستحقاق كالحاج عن الغير اذا فضل معه شيء من النفقة بعد الرجوع وجعل الحد الفاصل بين الحضر والسفر ما اذا كان بحيث يغدو ثم يروح فيبيت بأهله فان كان كذلك فهو بمنزلة السوقي وان لم يكن فنفقته في مال المضاربة لان خروجه اذا كان له والنفقة ما تنصرف الى الحاجة الزائدة كالطعام والشراب وكسوته وركوبه شراؤه وكراهه كل ذلك بالمعروف والحق بذلك ما كان من معدات تكثير ثمره في المال كغسل الثياب وأجره الحمام والخادم والحلاق وعلف الدابة والدهن في موضع يحتاج فيه اليه كاللحاجز فان الشخص اذا كان طويل الشعر وسمح الثياب ماشياً في حوائجه يعد من الصعاليك ويقل معاملته فصار ما به تكثير الرغبات في المعاملة معه من جهة النفقة والدواقي يدخل في ذلك في غير ظاهر الرواية لانه لا صلاح البدن ووجه الظاهر ما ذكره في الكتاب

(قوله فان الوكيل قد يجوز أن يوكل) أقول وكذلك يجوز للمضارب أن يضارب (قوله وجعل الحد الفاصل الى قوله بمنزلة السوقي) أقول فيه بحث (قوله ماشياً في حوائجه) أقول أي بنفسه

قال (واذا ربح أخذ الرب المال الخ) يريد أن المضارب إذا أنفق من مال المضاربة فربح يأخذ الرب المال رأس ماله كاملا فتكون النفقة مصروفة إلى الربح دون رأس المال فإذا استوفاه كان ما بقي بينهما على ما شرط فان باع المضارب المتاع بعد ما أنفق مراهجة حسب ما أنفق على المتاع من الجلال ونحوه كاحرة السمسار والصباغ والقصار ولا يحسب ما أنفق على نفسه لما ذكر في الكتاب من الوجهين فان كان مع المضارب ألف فاشترى بها ثيابا بقصرها أو جعلها بمائة من عنده وقد قيل له اعمل برأيك فهو متطوع لانه استدانة على رب المال وهذا المقال لا ينظمه كما مر وانما ذكرها بعد ما مر تعهيد القوله وان صبغها أحمر فهو شريك بما زاد الصبغ فيه وسائر الألوان كالاحرة الا السوداء عند أبي خنيفة لان الصبغ (٨٣) عين قائم بالثوب فكان شريكا بخلط ماله بمال المضاربة وقوله اعمل برأيك ينظمه فإذا

بيع الثوب كان للضارب حصة الصبغ يقسم ثمن الثوب مصبوغا على قيمته مصبوغا وغير مصبوغا فيما بينهما حصة الصبغ ان باعه مساومة وانه باعه مراهجة قسم الثمن هذا على الثمن الذي اشترى المضارب الثوب به وعلى قيمة الصبغ فابقيتهما حصة الصبغ والباقي على المضاربة بخلاف القصاره بفتح القاف والجل فانه ليس بعين مال قائم بالثوب ولم يزد به شيئا ولهذا اذا فعله الغاصب فازداد القيمة به ضاع فعله وكان للمالك أن يأخذ ثوبه بجائنا واد اصبح المصوب لم يضع بل يتخير وبالثوب بين أن يعطى ما زاد الصبغ فيه يوم الخصومة لا يوم الاتصال بثوبه وبين أن يضمه جميع قيمة الثوب أبيض يوم صبغه وترك الثوب عليه واذا كان الغاصب كذلك فالمضارب لا يكون أقل حاله فان قيل المضارب لما لم يكن له

قال (واذا ربح أخذ الرب المال ما أنفق من رأس المال فان باع المتاع مراهجة حسب ما أنفق على المتاع من الجلال ونحوه ولا يحسب ما أنفق على نفسه) لان العرف جارح بالحق الاول دون الثاني ولان الاول يوجب زيادة في القيمة والثاني لا يوجبها قال (فان كان معه ألف فاشترى بها ثيابا بقصرها أو جعلها بمائة من عنده وقد قيل له اعمل برأيك فهو متطوع) لانه استدانة على رب المال فلا ينظمه هذا المقال على ما مر (وان صبغها أحمر فهو شريك بما زاد الصبغ فيه ولا يضمن) لانه عين مال قائم حتى اذا بيع كان له حصة الصبغ وحصة الثوب الابيض على المضاربة بخلاف القصاره والجل لانه ليس بعين مال قائم به ولهذا اذا فعله الغاصب ضاع ولا يضيع اذا صبغ المصوب واذا صار شريكا بالصبغ انتظمه قوله اعمل برأيك انتظامه الخلطة فلا يضمنه

(قوله فان كان معه ألف فاشترى بها ثيابا بقصرها أو جعلها بمائة من عنده وقد قيل له اعمل برأيك فهو متطوع) قال صاحب العناية وانما ذكرها بعد ما مر تعهيد القوله وان صبغها أحمر فهو شريك بما زاد الصبغ (أقول) هذا الكلام منه ليس بشي لانه ان أراد ان هذه المسئلة مرت بعينها وخصوصها فليس كذلك قطعاً وان أراد أنها مرت في ضمن الاصل المذكور فبما مر حيث اندرجت تحت النوع الثالث من ذلك الاصل فهو مسلم ولكن المسئلة الثانية أيضا مرت به هذا المعنى حيث اندرجت تحت النوع الثاني من ذلك الاصل فلا وجه لجعل الاولى تعهيد الثانية مع الاشتراك في المروور بالمعنى المزبور بل لم تكن مسئلة من مسائل ما يفعله المضارب خارجة من أحد أنواع ذلك الاصل فيلزم التكرار في كل واحدة منهما على ما زعمه فالحق ان كل واحدة من هاتين المسئلتين مقصودة بالبيان ههنا من حيث خصوصيتهما كسائر المسائل ولا ينافيه اندراجهما تحت أصل كلي ماز كيف وتفرع الفروع على الاصول من هذا القبيل مع انه المسلك المعتاد في عامة المواقع (قوله واذا صار شريكا بالصبغ انتظمه قوله اعمل برأيك انتظامه الخلطة فلا يضمنه) قال في العناية فان قيل المضارب لما لم يكن له ولاية الصبغ كان به مخالفا غاصبا فيجب أن يضمن كالغاصب بلا تفاوت بينهما أوجب بأن الكلام في مضارب قيل له اعمل برأيك وذلك يتناول الخلط وبالصبغ اختلط ماله بمال المضارب فصار شريكا فلم يكن غاصبا فلا يضمن وقال وجه هذا اندفع ما قيل المضارب اما أن يكون مأذونا بهذا الفعل أو غير مأذون فان كان مأذونا وقع على المضاربة وان لم يكن ضمن المضارب كالغاصب لما تبين أنه خرج عن كونه غاصبا لكنه لم يقع على المضاربة لان فيه استدانة على المالك وليس له ولاية ذلك اه كلامه (أقول) في آخر كلامه اضطراب لان الظاهر من تعليل اندفاع ما قيل بقوله لما تبين أنه خرج عن كونه غاصبا انه اختار كونه

ولاية الصبغ كان به مخالفا غاصبا فيجب أن يضمن كالغاصب بلا تفاوت بينهما أوجب بأن الكلام في مضارب قيل له اعمل برأيك وذلك يتناول الخلط وبالصبغ اختلط ماله بمال المضارب فصار شريكا فلم يكن غاصبا فلا يضمن وبهذا اندفع ما قيل المضارب اما ان يكون مأذونا بهذا الفعل أو غير مأذون فان كان مأذونا وقع على المضاربة وان لم يكن ضمن المضارب كالغاصب لما تبين أنه خرج عن كونه غاصبا لكنه لم يقع على المضاربة لان فيه استدانة على المالك وليس له ولاية ذلك

(قوله وسائر الألوان كالاحرة) أقول قوله وسائر مبتدأ وقوله كالاحرة خبره (قوله لان الصبغ عين قائم الخ) أقول تعليل لقوله فهو شريك الخ (قوله لما تبين أنه خرج عن كونه غاصبا) أقول هذا ناظر إلى قوله وبهذا اندفع ما قيل المضارب الخ

فصل آخر هذه مسائل متفرقة تتعلق بمسائل المضاربة فذكرها في فصل على حدة قال (فان كان معه ألف) ماذ كره المصنف واضح ومبناه على أصل وهو على أن ضمان رب المال للبائع بسبب هلاك مال المضاربة غير مانع لها فالمضربون على المضاربة والربح بينهما على ما شرطوا وضمان المضارب للبائع بسبب هلاكه مانع عنها وتحققه ماذ كرهه فخر الاسلام رحمه الله في رجل دفع الى رجل ألف درهم مضاربة فاشترى بها برافه ومضاربة فاذا باعها بألفين ظهرت حصته (٨٣) المضارب وهي خمسمائة فاذا اشترى

جارية بألفين وقعر ربعها للمضارب لان ربع الثمن له وثلاثة أرباعها لرب المال فاذا هلك الثمن صار غرم الربيع على المضارب وهو خمسمائة والباقي على رب المال واذا غرم المضارب ربع الثمن ملك ربع الجارية لبحالة واذا ملك ربعها خرج ذلك من المضاربة لان مبني المضاربة على أن المضارب أمين فيكون الضمان منافيا لها ولو أبقينا نصيبه على المضاربة لا بطلنا ما غرمه لانه لا يصلح أن يجعل ذلك رأس المال فيصير مضاربا لنفسه وهو لا يصلح ثم لو باع الجارية بأربعة آلاف صار ربع الثمن للمضارب خاصة وذلك ألف وبقيت ثلاثة آلاف فذلك على المضاربة لان ضمان رب المال بسلام المضاربة ولا يضيع ما يضمن بل يلحق برأس المال واذا كان كذلك كان رأس المال في ذلك ألفين وخمسمائة والخمسمائة ربح بينهما نصفين (قوله وان كان معه ألف) معناه واضح وقوله (لتعاري المقاصد) لان

فصل آخر قال (فان كان معه ألف بالنصف فاشترى بها برافه بألفين ثم اشترى بالالفين عبدا فلم يبقهها حتى ضاعا يغرم رب المال ألفا وخمسمائة والمضارب خمسمائة ويكون ربع العبد للمضارب وثلاثة أرباعه على المضاربة) قال هذا الذي ذكره حاصل الجواب لان الثمن كله على المضارب اذ هو العاقد الآن له حق الرجوع على رب المال بألف وخمسمائة على ما تبين فيكون عليه في الآخرة ووجهه أنه لما ناض المال ظهر الربح وله منه وهو خمسمائة فاذا اشترى بالالفين عبدا صار مستمرا بعه لنفسه وثلاثة أرباعه للمضاربة على حسب انقسام الفين واذا ضاعت الفان وجب عليه الثمن لما يملكه الرجوع بثلاثة أرباع الثمن على رب المال لانه وكسبل من جهته فيه ويخرج نصيب المضارب وهو الربيع من المضاربة لانه مضمون عليه ومال المضاربة أمارة وبينهما منافاة ويبقى ثلاثة أرباع العبد على المضاربة لانه ليس فيه ما ينافي المضاربة (ويكون رأس المال ألفين وخمسمائة) لانه دفع مرة ألفا ومرة ألفا وخمسمائة (ولا يبيعه مائة على الفين) لانه اشتراه بالفين ويظهر ذلك فيما اذا بيع العبد بأربعة آلاف فخصه المضاربة بثلاثة آلاف يرفع رأس المال ويبقى خمسمائة ربح بينهما قال (وان كان معه ألف فاشترى رب المال عبدا بخمسمائة وباعه بألف فانه يبيعه مائة على خمسمائة) لان هذا البيع مقضى بجواز تغير المقاصد دفعا للحاجة وان كان بيع ملكه بملكه الا ان فيه شبهة العدم ومبني المراجعة

غير مأذون لان كونه غاصبا انما جعل فيما قبل فرعا لكونه غير مأذون فتعليل اندفاع ذلك بتبين انه خرج عن كونه غاصبا يقتضي اختيار كونه غير مأذون حينئذ لم يمتحج الى ذكر قوله لكنه لم يقع على المضاربة الخ لان وقوعه على المضاربة انما جعل فيما قبل فرعا لكونه مأذونا فاذا اختار كونه غير مأذون كان استدراك عدم وقوعه على المضاربة مستدركا فان قلت مراده ان لفعل المضارب ههنا وهو صبغها أحر جهتين مختلفتين أولاها ما خلط مال المضاربة بماله نفسه وثانيها ما الاستدانة على المالك وان المضارب مأذون بهذا الفعل وغير مأذون باعتبار تدينك الجهتين المختلفتين كما ذكره صاحب النهاية وفصله بما لا مزيد عليه قلت مع عدم مساعدة آخر كلام هذا الشارح ولا أوله الذي أشار اليه بقوله وبهذا اندفع لذلك التوجيه الذي ذكره صاحب النهاية وفصله ليس ذلك بتسام في نفسه ان لا يرى وجه يقتضي أن يكون لفعل المضارب هذا جهة الاستدانة على المالك على ان الجهتين المذكورتين متضادتان لا يمكن اجتماعهما في فعل واحد حتى يصير المضارب باعتبارهما مأذونا في فعله هذا وغير مأذون ثم أقول الصواب عندى في دفع ما قبل المضارب اما أن يكون بهذا الفعل مأذونا أو غير مأذون الخ أن تختار كونه مأذونا به بقوله اعمل رأيك ويجمع وقوعه على المضاربة حينئذ اذا الاذن المذكور ليس بمقصود على أن يتصرف المضارب في مال المضاربة وحده بل يتم التصرف في مال المضاربة منفردا أو منضمما الى غيره مما له جهة في التغير كخلط مال المضاربة بماله أو بمال غيره على ما تقر في بيان النوع الثاني من الاصل المار ذكره وقد أشار اليه المصنف ههنا بقوله واذا صار شرى كالباصبع استظمه قوله اعمل رأيك انتظامه الخلطة فلا يضمنه تدبر

فصل آخر لما كانت مسائل هذا الفصل متفرقة فذكرها في فصل على حدة ولما لم تكن من نفس

مقصود رب المال وصوله الى الف مع بقاء العقد ومقصود المضارب استفادة البعد على العبد وقوله (الا أن فيه شبهة العدم) أي عدم الجواز لانه لم يزل به عن ملك رب المال عبد كان في ملكه ولم يستفد به أنال يمكن في ملكه والشبهة ملحقه بالحقيقة في المراجعة فاعتبر أقل الثمنين وهو خمسمائة كنبوته من كل وجه والاكثر ثابت من وجه دون وجه بالنظر الى أنه يبيع ماله بماله

فصل آخر (قوله وصوله الى الف مع بقاء العقد) أقول أي عقد المضاربة

(قوله فان كان معه ألف بالنصف فاشترى بها عبدا قيمته ألفان فقتل العبد رجلا خطأ) كان الدفع والفداء اليمينان دفعاه بطلت المضاربة لهلاك مال المضاربة وان فدياه (فثلاثة أرباع الفداء على رب المال وربعه على المضارب لان الفداء مؤنة الملك فيتقدر بقدره وكان الملك بينهما ما أرباعا لأن رأس المال لما صار عينا واحدا ظهر الرجح وهو ألف بينهما) ولهذا اعتق الربع ان كان العبد قريبا (وألف هو رأس المال) وقيد العين بالوحدة احترازا عما اذا كان عينين فانه لا يظهر الرجح لعدم الاولوية كما تقدم (فاذا فدياه خرج العبد عن المضاربة أما نصيب المضارب فلما يناله) أنه صار مضمونا عليه فلا يكون أمانة ومال المضاربة أمانة (وأما نصيب رب المال فللقضاء القاضي بانقسام الفداء عليهم ما فانه يتضمن انقسام العبد بينهما) لاستخلاص كل منهما بالفداء عما يخصه (والمضاربة تنتهي بالقسمة بخلاف ما تقدم) يعني به ما اذا ضاع اللان في المسئلة المتقدمة حيث لا تنتهي المضاربة هناك (لان جميع الثمن فيه على المضارب) لكونه العاقد الدفع والفداء ليس بالعقد حتى يكون عليه وقوله (ولان العبد كالزائل) لانه استحق بالجنابة والمسحق بها بمنزلة الهالك والمضاربة تنتهي بالهالك (فدفع الفداء) كابتداء الشراء فيكون العبد بينهما أرباعا خارجا عن المضاربة يتخدم المضارب يوما ورب المال ثلاثة أيام بخلاف ما تقدم) يريد به ما تقدم في المسئلة (٨٤) المتقدمة وهي ما اذا ضاع اللان فان العبد فيها على المضاربة (فان كان معه ألف

فاشترى بها عبدا وهلك قبل النقد الى البائع رجح المضارب على رب المال بذلك الثمن ويكون رأس المال جميع ما يدفعه لان المال في يده أمانة) وقد هلك وقد بقي عليه الثمن ذينا وهو عامل لرب المال فيستوجب عليه مثل ما وجب عليه من الدين (و) بالقبض ثانيا (لا يصير) المضارب (مستوفيا لان الاستيفاء انما يكون بقبض مضمون) وقبض المضارب ليس بمضمون بل هو أمانة وبينهما منافاة فلا يجتمعان واذا لم يكن مستوفيا كان له أن يرجع على رب المال مرة بعد أخرى الى أن يسقط عنه العهد بوصول الثمن الى البائع بخلاف الوكيل اذا

على الامانة والاحتراز عن شبهة الخيانة فاعتبر أقل الثمين ولو اشترى المضارب عبدا بألف وباعه من رب المال بألف ومائتين باعه مرابحة بألف ومائة لانه اعتبر عدم ما في حق نصف الرجح وهو نصيب رب المال وقد مر في البيوع قال (فان كان معه ألف بالنصف فاشترى بها عبدا قيمته ألفان فقتل العبد رجلا خطأ فثلاثة أرباع الفداء على رب المال وربعه على المضارب) لان الفداء مؤنة الملك فيتقدر بقدر الملك وقد كان الملك بينهما أرباعا لانه لما صار المال عينا واحدا ظهر الرجح وهو ألف بينهما وألف لرب المال برأس ماله لان قيمته ألفان واذا فدياه خرج العبد عن المضاربة أما نصيب المضارب فلما يناله وأما نصيب رب المال فللقضاء القاضي بانقسام الفداء عليهم ما فانه يتضمن قسمة العبد بينهما والمضاربة تنتهي بالقسمة بخلاف ما تقدم لان جميع الثمن فيه على المضارب وان كان له حق الرجوع فلا حاجة الى القسمة ولان العبد كالزائل عن ملكهما بالجنابة ودفع الفداء كابتداء الشراء فيكون العبد بينهما أرباعا لا على المضارب يتخدم المضارب يوما ورب المال ثلاثة أيام بخلاف ما تقدم قال (فان كان معه ألف فاشترى بها عبدا فلم يقدحها حتى هلكت يدفع رب المال ذلك الثمن ورأس المال جميع ما يدفع اليه رب المال) لان المال أمانة في يده ولا يصير مستوفيا والاستيفاء انما يكون بقبض مضمون وحكم الامانة ينافيه فيرجع مرة بعد أخرى بخلاف الوكيل اذا كان الثمن مدفوعا اليه قبل الشراء وهلك بعد الشراء حيث لا يرجع الامرة لانه أمكن جعله مستوفيا لان الوكيل انما تجامع الضمان كالغاصب اذا تولى بيع المصنوب

مسائل المضاربة التي لا بد منها للضاربة أخذ كرها (قوله بخلاف الوكيل اذا كان الثمن مدفوعا اليه قبل الشراء وهلك بعد الشراء حيث لا يرجع الامرة لانه أمكن جعله مستوفيا لان الوكيل انما تجامع الضمان كالغاصب اذا تولى كل بيع المصنوب) يعني ان الغاصب اذا تولى كل بيع المصنوب يصير وكيل

كان الثمن مدفوعا اليه قبل الشراء وهلك بعد الشراء فانه لا يرجع الامرة (واحدة) لانه أمكن أن يجعل مستوفيا لان الوكيل انما تجامع الضمان كالغاصب اذا تولى كل بيع المصنوب) فانه يصير وكيل ولا يبرأ عن الضمان بمجرد الوكالة حتى لو هلك المصنوب وجب الضمان ولم يعتبر أمثاله وفيه نظر لان الضمان هناك باعتبار سبب هو تعدد تقدم على قبض الامانة فيجوز أن يعتبر جميعا وليس فيما نحن فيه سبب سوى القبض بطريق الوكالة ولا نسلم صلاحية لاثبات حكيم متنافيين ولو غصب ألفا فضارب المصنوب منه الغاصب وجعل رأس المال المصنوب كان كصورة الوكالة وليس في الرواية ما ينفيه وعلى تقدير ثبوتها يحتاج الى فرق دفعه للحكم ولان المطلوب كونه مستوفيا والدليل امكان ذلك والامكان لا يستلزم الوقوع ويمكن أن يجاب عنه بأن مقصود المصنف دفع استحالة اجتماعهما وأما كونه مستوفيا فثبت بدفع الضرر عن الموكل فانه لو لم يجعل مستوفيا لبطل حق الموكل اذا رجع عليه بألف أخرى أصلا فاما ههنا فحق رب المال لا يضيع لانه يلحق برأس المال ويستوفيه من الرجح وحله على الاستيفاء بضرب المضارب فاخذنا أهون الامرين

(قوله فانه لو لم يجعل مستوفيا لبطل حق الموكل) أقول يعني حقه في الألف المنفوع

ثم في الوكالة في هذه الصورة يرجع مرة وفيما اذا اشترى ثم دفع الموكل اليه المال فهلك لا يرجع لانه ثبت له حق الرجوع بنفس الشراء فجعل مستوفيا بالقبض بعده أما المدفوع اليه قبل الشراء أمانة في يده وهو قائم على الامانة بعده فلم يصير مستوفيا فاذا هلك رجع عليه مرة ثم لا يرجع لوقوع الاستيفاء على مامر

ولا يبرأ عن الضمان بمجرد الدلو كالة حتى لو هلك المصوب وجب عليه الضمان ولم يعتبر أمينا قال صاحب العناية بعده هذا البيان وفيه نظر لان الضمان هناك باعتبار سبب هو تعدد تقدم على قبض الامانة فيجوز أن يعتبر اجمعا وليس فيما نحن فيه سبب سوى القبض بطريق الوكالة ولا نسلم صلاحته لاثبات حكيم متنافسين ثم قال ويمكن أن يجاب عنه بأن مقصود المصنف دفع استحالة اجتماعهما وأما كونه مستوفيا فثبت بدفع الضرر عن الموكل فانه لو لم يجعل مستوفيا لبطل حق الموكل اذا رجع عليه بألف أخرى أصلا فاما ههنا فحق رب المال لا يضيع لانه يلحق برأس المال ويستوفيه من الرجوع وجعله على الاستيفاء بضر المضارب فاختارنا هون الامر بن بخلاف الوكيل لانه بمنزلة البائع فضرره به لانه الثمن لا يوجب الرجوع على المشتري انتهى (أقول) في الجواب نظر أما أولا فلا نل قول المصنف لانه يمكن جعله مستوفيا لان الوكالة تجتمع الضمان كالغاصب اذا وكل ببيع المصوب صريح في اثبات امكان جعله مستوفيا بجماعة الوكالة الضمان في صورة توكيل الغاصب ببيع المصوب فكيف يمكن أن يقال مقصوده مجرد دفع استحالة اجتماعهما ولئن سلم ذلك فلا يندفع به النظر المذكور لان حاصله أن السبب في صورة توكيل الغاصب ببيع المصوب متعدد وفيما نحن فيه واحد فلا يلزم من امكان اجتماعهما هناك امكان اجتماعهما ههنا وأما ثانيا فلا نل قوله وأما كونه مستوفيا فثبت بدفع الضرر عن الموكل ليس تمام لان الضرر اللازم للوكل على تقدير أن يرجع عليه الوكيل بألف أخرى انما هو الضرر الضروري الغير الناشئ من صنع الوكيل اذ الكلام فيما اذا هلك الثمن المدفوع الى الوكيل من غير تعدد منه ولا محذور شرعا في مثل هذا الضرر حتى يجعل الموكل مستوفيا لاجل دفع ذلك عنه فيجب عليه الضمان مع كون يده أمانة ألا ترى ان الوديعة اذا هلك في يد المودع من غير تعدد منه يلزم المودع مثل هذا الضرر مع أنه لا يجب على المودع الضمان لدفع ذلك عن المودع بل يرب وأما ثالثا فلا نل قوله وأما ههنا فحق رب المال لا يضيع الى قوله فاختارنا هون الامر بن غير متمش فيما اذا هلك الألف والعدم معاذ لا يبقى حينئذ شيء من رأس المال حتى يلحق الهالك منه فيستوفيه رب المال من الرجوع والتظاهر ان جواب المسئلة وهو دفع رب المال الثمن الهالك ورجوع المضارب عليه مرة بعد أخرى جاري في هذه الصورة أيضا بناء على الدليل المذكور في الكتاب قال في النهاية ومعراج الدراية ذكر الامام المحمدي ثلاثة أوجه في الفرق بين المضارب والوكيل أحدها ما ذكر في الكتاب والثاني أنا لو لم نحمل ما قبضه الوكيل على الاستيفاء لا بطلنا حق الموكل أصلا لانه اذا رجع عليه بألف أخرى ضاع ذلك أصلا فاما ههنا فحق رب المال لا يضيع اذا حملنا على الامانة لانه يلحق برأس المال ويستوفيه من الرجوع ولو حل على الاستيفاء يلحق المضارب ضرر فوجب اختيارنا هون الامر بن والثالث ان الوكيل لما اشترى فقد انزل عن الوكالة فلا يرجع على الموكل بعده فاما المضارب فلا ينزل بالشراء ويتصرف في كل مرة لرب المال فيرجع عليه في كل مرة انتهى (أقول) في كل واحد من تلك الأوجه الثلاثة نظر أما في الاول فلما عرفته آنفا وأما في الثاني والثالث فلا نل كل واحد منهما يقتضي أن لا يرجع الوكيل على الموكل في مرة أولى أيضا اذا كان الثمن مدفوعا اليه قبل الشراء مع أنهم صرحوا برجوعه عليه في المرة الاولى في تلك الصورة أما اقتضاء الثاني ذلك فلا نل ابطال حق الموكل بتحقيق الرجوع في المرة

بخلاف الوكيل لانه بمنزلة
البائع فضرره به لانه الثمن
لا يوجب الرجوع على
المشتري وقوله ولو غصب
أنا الخ لم تثبت فيه رواية
تخرج الى الفرق بينهما
وقوله (ثم في الوكالة)
الفرق بين ما اذا دفع المال
ثم اشترى الوكيل وبين
ما اذا اشترى ثم دفع فانه
يرجع في الاول ويصير به
مستوفيا في الثاني لا يرجع
أصلا وكلامه فيه واضح
والله أعلم

(قوله بخلاف الوكيل
لانه بمنزلة البائع) أقول
حيث يجري بينهما مبادلة
حكيمية كما تقدم

فصل في الاختلاف أخر هذا الفصل عما قبله لأن في الاختلاف وهو في الرتبة بعد الاتفاق لأنه الأصل بين المسلمين قال (وان كان مع المضارب ألفان الخ) اختلاف رب المال والمضارب إذا كان في مقدار رأس المال مثل أن يقول المضارب ومعه ألفان دفعت إلى ألفا ورجحت ألفا وقال رب المال لا بل دفعت إليك ألفين فالقول للمضارب وكان أبو حنيفة يقول أو لا القول قول رب المال وهو قول زفر لأن المضارب يدعى الشركة (٨٦) وهو ينكر والقول قول المنكر ثم رجع وقال القول للمضارب لأن الاختلاف

فصل في الاختلاف قال (وان كان مع المضارب ألفان فقال دفعت إلى ألفا ورجحت ألفا وقال رب المال لا بل دفعت إليك ألفين فالقول للمضارب) وكان أبو حنيفة يقول أو لا القول قول رب المال وهو قول زفر لأن المضارب يدعى عليه الشركة في الربح وهو ينكر والقول قول المنكر ثم رجع إلى ما ذكر في الكتاب لأن الاختلاف في الحقيقة في مقدار المقبوض وفي مثله القول قول القابض ضمينا كان أو أمينا لأنه أعرف بمقدار المقبوض ولو اختلفا مع ذلك في مقدار الربح فالقول فيه لرب المال لأن الربح يستحق بالشرط وهو يستفاد من جهته وأيهما أقام البينة على ما ادعى من فضل قبلت لأن البينات للإثبات (ومن كان معه ألف درهم فقال هي مضاربة لفلان بالنصف وقدر ربح ألفا وقال فلان هي بضاعة فالقول قول رب المال) لأن المضارب يدعى عليه تقويم عمله أو شرط من جهته أو يدعى الشركة وهو ينكر ولو قال المضارب أقرضتني وقال رب المال هو بضاعة أو ودبعة فالقول لرب المال والبينة بينة المضارب لأن المضارب يدعى عليه التملك وهو ينكر

الأولى أيضا لعله مذكورة وأما اقتضاء الثالث أباه فلان انزعزال الوكيل عن الوكالة لما تحقق بالاستبراء كان الرجوع بالهلاك بعد الاشتراء رجوعا عما حدث بعد زوال الامانة بالانزعزال ولو كان في مرة أولى وأيضاً رد على الوجه الثاني ما أورده ثانياً والثالث على جواب صاحب العناية عن نظيره تأمل توقف ثم أقول الحق عندى في الفرق بين المضارب والوكيل في مسئلتنا هذه أن يقال قبض الوكيل بعد الشراء استيفاءً لأنه وجب له على الموكل مثل ما وجب عليه للبائع فانه بمنزلة البائع من الموكل حيث انفق بينهما مبادلة حكمية كما مر في كتاب الوكالة فإذا قبض الثمن بعد الشراء صار مستوفياً له فصار مضموناً عليه فإذا هلك بعد ذلك لم يكن له أن يرجع به على الموكل ولهذا لم يرجع عليه أصلاً فيما إذا اشترى ثم دفع الموكل إليه الثمن فهلك ولم يرجع عليه إلا مرة فيما إذا كان الثمن مدفوعاً إليه قبل الشراء أمانة في يده وهلك بعد الشراء وقد أشار إليه المصنف بقوله لأنه ثبت له حق الرجوع بنفس الشراء فحصل مستوفياً له قبض بعده ما المدفوع إليه قبل الشراء أمانة في يده وهو قائم على الامانة بعده فلم يصير مستوفياً فإذا هلك رجع عليه مرة ثم لا يرجع لوقوع الاستيفاء على ما مر فتأمل

فصل في الاختلاف أي في الاختلاف بين رب المال والمضارب أخر هذا الفصل لأن الاختلاف في الرتبة بعد الاتفاق لأنه الأصل بين المسلمين (قوله ولو قال المضارب أقرضتني وقال رب المال هو بضاعة أو ودبعة فالقول لرب المال والبينة بينة المضارب) قال صاحب العناية وسماه مضارباً وإن اتفقا على عدمه لاحتمال أن يكون مضارباً في الأول ثم أقرضه اهـ وقد سبقه إلى هذا التوجيه تاج الشريعة (أقول) تسمية أحد المتخالفين مضارباً عند تحقق اتفاقهما على خلافه مجرد احتمال أن يكون مضارباً في الأول مما لا يقبله فطرة سليمة جداً والاقرب عندي أنه سماه مضارباً للشاكلة بما ذكر في أخوات هذه المسئلة على طريقة قوله تعالى تعلم ما في نفسي ولا أعلم ما في نفسك وقول الشاعر قالوا اقترح شيئاً نجد لك طبخه * قلت اطبخوا لي جبة وقيصا (قوله لأن المضارب يدعى عليه التملك) حل صاحب النهاية التملك في قول المصنف يدعى عليه التملك على

في الحقيقة في مقدار المقبوض والقول في ذلك قول القابض ضمينا كان كالعاصب أو أمينا كالمودع لكونه أعرف بمقدار المقبوض وإذا كان في مقدار الربح مع ذلك أي مع الاختلاف في رأس المال مثل أن يقول رب المال رأس المال ألفان والمضارب ثلث الربح وقال المضارب رأس المال ألف والمضارب نصفه فالقول فيه أي في الربح لرب المال يعني وفي رأس المال للمضارب كما كان أما في رأس المال فلما مر من الدليل وأما في الربح فلان الربح يستحق بالشرط وهو يستفاد من جهته ولو أنكر أصل الشرط بأن قال كان المال بيده بضاعة كان القول له فكذا إذا أنكر الزيادة وأيهما أقام البينة على ما ادعى من فضل قبلت بينة رب المال على ما ادعى من الفضل في رأس المال وبينه المضارب على ما ادعى من الفضل في الربح لأن البينات للإثبات وإذا كان في صفقة رأس المال كما إذا قال من معه ألف

درهم هي مضاربة لفلان بالنصف وقدر رجحت ألفا وقال فلان هي بضاعة فالقول لرب المال لأن المضارب يدعى عليه تقويم عمله بمقابلة لربح أو شرط من جهته بمقدار من الربح أو الشركة فيه وهو ينكر ولو قال المضارب أقرضتني وقال رب المال هي بضاعة أو ودبعة فالقول لرب المال والبينة للمضارب لأن المضارب لا يدعى عليه التملك الربح وهو ينكر وسماه مضارباً وإن اتفقا على عدمه لاحتمال أن يكون مضارباً في الأول ثم أقرضه ولو أقام البينة فالبينة للمضارب لأنها تثبت التملك

ولو ادعى رب المال القرض والمضارب المضاربة فالقول للمضارب لاتفاقهما على الاخذ بالاذن ورب المال يدعى على المضارب الضمان وهو ينكر والبينة لرب المال وان اقامها لانها تثبت الضمان واذا كان في العموم والخصوص فان كان قبل التصرف فالقول لرب المال اما اذا انكر الخصوص فظاهر لان العموم هو الاصل كما يذكرو كذا اذا (٨٧) أنكر العموم لانه يجعل انكاره ذلك ينهيه عن

العموم وله أنه ينهى عنه قبل التصرف اذا ثبت منه العموم نصا فلهنا أولى وان كان بعده ورب المال يدعى العموم فالقول قوله قياسا واستحسانا وان كان

المضارب يدعيه فالقول قوله مع عينه استحسانا لان

الاصل فيها العموم والتخصيص

بالشرط بدليل أنه لو قال

خذ هذا المال مضاربة

بالتصريح ومثل به جميع

التجارات فلو لم يكن مقتضى

العقد العموم لم يصح العقد

الا بالتخصيص على ما يوجب

التخصيص كالوكالة واذا كان

كذلك كان مدعى العموم

متسكنا بالاصل فكان القول

له ولو ادعى كل واحد منهما

نوعا فالقول لرب المال

لاتفاقهما على التخصيص

والاذن مستفاده من

جهته والبينة بينة المضارب

قال المصنف (لحاجته الى

نفي الضمان وعدم حاجة

الآخر الى البينة) واعترض

عليه بأن البينة للاثبات

لالتنفي وبأن الآخر يدعى

الضمان فكيف لا يحتاج

الى البينة وأجيب بأن

اقامة البينة على صحة

ولو ادعى رب المال المضاربة في نوع وقال الاخر ما سميت لي تجارة بعينها فالقول للمضارب لان الاصل فيه العموم والاطلاق والتخصيص يعارض الشرط بخلاف الوكالة لان الاصل فيه الخصوص ولو ادعى كل واحد منهما نوعا فالقول لرب المال لانهما اتفقا على التخصيص والاذن يستفاد من جهته والبينة بينة المضارب لحاجته الى نفي الضمان وعدم حاجة الآخر الى البينة ولو وقت البيعتان وقتا فصاحب الوقت الاخير أولى لان آخر الشرطين ينقض الاول

تملك الربح حيث قال أى تملك الربح وملك صاحب العناية أيضا هذا المسلك حيث قال لانه يدعى عليه تملك الربح (أقول) الظاهر ان مراد المصنف بالتملك ههنا تملك أصل المال لان دعوى الاستقراض دعوى تملك أصل المال وأما تملك الربح فامر تابع لتملك أصل المال في هذه الدعوى فحمل التملك ههنا على تملك الربح لا بخلو عن قبض أما أولا فلما أشرنا اليه من ان الاصل في دعوى الاستقراض دعوى تملك أصل المال وتملك الربح من فروغ ذلك وحمل التملك في الدليل على تملك الربح يومهم خلاف الاصل وأما ثانيا فلا ندعى تملك الربح قد تنقل عن دعوى تملك أصل المال كما اذا ادعى المضاربة فان المدعى هناك استحقاق الربح دون استحقاق أصل المال فادعاء مجرد تملك الربح لا يدل على تمام المدعى فيما نحن فيه على ان الشائع في الاستعمال عندهم استحقاق الربح دون تملك الربح وأما تملك الربح كما ذكره صاحب العناية ففي نفس صحته أيضا اشكال يظهر ذلك كله بالتأمل الصادق وتتبع قواعد الفقه وأقوال الأئمة (قوله والبينة بينة المضارب لحاجته الى نفي الضمان وعدم حاجة الآخر الى البينة) قال صاحب النهاية ورب المال أيضا يحتاج الى اثبات ما ادعاه ليصل حقه اليه بل بينة ورب المال أقوى بالقبول لاثباتها امر اعراض وهو الضمان وشرعية البينات لاثبات الامر العارض غير الظاهر كافي بينة الخارج مع بينة ذي اليد فكان هذا مما يتأمل في صحته وان كانت رواية الايضاح تساعد على أيضا اه كلامه وقال صاحب العناية قال المصنف لحاجته الى نفي الضمان وعدم حاجة الآخر الى البينة واعترض عليه بأن البينة للاثبات لالتنفي وبأن الآخر يدعى الضمان فكيف لا يحتاج الى البينة وأجيب بأن اقامة البينة على صحة تصرفه ويلزمه اني الضمان فأقام المصنف اللازم مقام المألوم كناية وبأن ما يدعيه من المخالفة وهو سبب الضمان ثابت باقرار الآخر فلا يحتاج الى بينة الى هنا كلامه (أقول) جوابه عن ثاني وجهي الاعتراض ليس بسديد لان الثابت باقرار الآخر انما هو النوع الذي يدعيه الآخر لا مخالفته لاذن رب المال فانه يدعى الموافقة وسبب الضمان انما هو المخالفة فلا يتم التقريب والصواب في الجواب عنه أن يقال عدم احتياج رب المال الى البينة في مسئلتنا هذه لانه ليس بمدعى شيئا بل لان القول قوله لكون الاذن مستفاد من جهته كما تقر فيما مر اتفاقا كان ما يدعيه ثابتا بقوله فلم يحتج الى البينة ولهذه النكتة قال المصنف وعدم حاجة الآخر الى البينة ولم يقل وعدم قبول بينة الآخر وبهذا الجواب يظهر ان دفاع ما توهمه صاحب النهاية في استشكال ما ذكره المصنف ههنا فتدبر (قوله ولو وقت البيعتان وقتا فصاحب الوقت الاخير أولى) أقول لقائل أن يقول هذا مناقض لما ذكره أقام من ان البينة بينة المضارب لجواز أن يكون صاحب الوقت الاخير رب المال ويمكن

تصرفه ويلزمه اني الضمان فأقام المصنف اللازم مقام المألوم كناية وبأن ما يدعيه من المخالفة وهو سبب الضمان ثابت باقرار الآخر ولا يحتاج الى بينة (ولو وقت البيعتان وقتا فصاحب الوقت الاخير أولى لان آخر الشرطين ينقض الاول) وان لم يوقتا أو وقتا على السواء أو وقتا احدهما دون الاخرى فالبينة لرب المال لانه تعذر القضاء بهما مع الاستحالة وعلى التعاقب لعدم الشهادة على ذلك واذا تعذر القضاء بهما فعلى بينة رب المال لانها تثبت ما ليس بثابت والله أعلم

كتاب الوديعة

التطبيق بأن يحمل ما ذكره أولاً على عدم التوقيت قال صاحب العناية بعد أن ذكر قول المصنف ولو وقت البينتان الخ وان لم توقتا أو وقتا على السواء أو وقت أحداهما دون الأخرى فالبيعة لرب المال (أقول) يرد عليه أن هذا ينافي ما ذكره المصنف من أن البيعة بينة المضارب إذا لا يمكن أن يحمل هذا على التوقيت وذلك على عدم التوقيت كما ترى ولقد أحسن صاحب النهاية في أسلوب التحرير ههنا حيث لم يزد على قول المصنف ولو وقت البينتان الخ شيئاً من المسائل التي زادها عليه صاحب العناية بل تعرض لشرح وجهه وتعليله فقط ولكن قال بعدما استشكل قول المصنف فيما قبل والبيعة بينة المضارب الخ وأما صاحب الذخيرة رحمه الله وشكر مساعيه جعل حكم يبنى المضارب ورب المال في دعوى الخصوص والعموم وفي دعواهما الخصوص واحد أو ذكر ما في الذخيرة من مصلح مندرج فيه المسائل التي ذكرها صاحب العناية عقيب قول المصنف ولو وقت البينتان الخ فكان ذلك المسائل في تحرير صاحب النهاية منسوبة إلى صاحب الذخيرة فلا يضره منافاة ذلك لما ذكره المصنف لاعتراؤه بأن ما ذكره المصنف ههنا مطابق لرواية الإيضاح دون رواية الذخيرة

كتاب الوديعة

وجه مناسبة هذا الكتاب بما تقدم قدم في أول كتاب الاقرار ثم ذكر بعده العارية والهبة والاجارة للتناسب بالترقي من الأدنى إلى الأعلى لأن الوديعة أمانة بلا تعليق شيء وفي العارية تعليق المنفعة بعوض وفي الهبة تعليق العين بلا عوض وفي الاجارة تعليق المنفعة بعوض وهي عقد لازم واللازم أقوى وأعلى مما ليس بلازم فكان في الكل الترقى من الأدنى إلى الأعلى كذا في الشروح ثم محاسن الوديعة ظاهرة أذ فيه اعانة عباد الله تعالى في الحفظ ووفاء الامانة وهو من أشرف الخصال عقلاً وشرعاً قال عليه الصلاة والسلام الامانة تجر الغنى والحيانة تجر الفقر وفي المثل الامانة أقامت المملوك مقام المالك والحيانة أقامت المملوك مقام المملوك ثم ان الوديعة لغة فعيلة بمعنى مفعولة مشتقة من الودع وهو الترك عن ابن عباس رضي الله عنهما أن النبي صلى الله عليه وسلم قال لينةين أقوام عن ودعهم الجمعات أي عن تركهم أيها قال شمر زعت النخوية ان العرب أما توام صدر يدع والنبي صلى الله عليه وسلم أفصح العرب وقد رويت عنه هذه الكلمة وسميت الوديعة بها لانها شيء يترك عند الأمين كذا في المغرب وبعض الشروح قال صاحب العناية وتفسيرها لغة الترك وسميت الوديعة بها لانها تترك بيد أمين انتهى (أقول) فيه سماجة ظاهرة أذ ليست الوديعة في اللغة بمعنى الترك وإنما الذي بمعنى الترك هو الودع فلا يصح قوله وتفسيرها لغة الترك الابتاء بل بعيد لا يساعده لفظه وهو أن يراد بذلك أنهم مشتقة من الودع الذي هو الترك وقال جماعة من الشراح الوديعة في الشريعة عبارة عن التسليم على حفظ المال (أقول) الظاهر أن الوديعة في الشريعة أيضاً هي المال المودع الذي يترك عند الأمين لأنفس التسليم على حفظ المال وان التسليم على حفظ المال هو الإيداع وعن هذا قال صاحب الكافي والكفاية الإيداع لغة تسليم الغير على حفظ شيء كان مالا أو غيره مال يقال أودعت زيدا مالا واستودعته إياه إذا دفعته إليه ليكون عنده فأنا مودع ومستودع يكسر الدال فيه ما وزيد مودع ومستودع بالفتح فيهما والمال مودع ووديعة وشرعية تسليم الغير على حفظ المال انتهى حيث فسر الإيداع بالتسليم المزبور دون الوديعة وقالوا المال مودع ووديعة (وأقول) فيما ذكر في الكافي والكفاية أيضاً شيء لأن

والاجارة للتناسب بالترقي من الأدنى إلى الأعلى لأن الوديعة أمانة لا تعليق شيء وفي العارية تعليق المنفعة بعوض وفي الهبة تعليق العين بلا عوض وفي الاجارة تعليق المنفعة بعوض وهي عقد لازم واللازم أقوى وأعلى مما ليس بلازم ومن محاسنها شتمها على بذل منافع بدنه وماله في اعانة عباد الله تعالى واستيجابه الاجر والثناء على ذلك وسببها تعلق البقاء المقدور بتهاطبها من حيث التعاضد وقد مر مراراً ومشرعيتها بقوله تعالى ان الله يأمركم أن تؤدوا الامانات إلى أهلها باطلاقة وتفسيرها لغة الترك وسميت الوديعة بها لانها تترك بيد أمين وفي الاصطلاح التسليم على حفظ المال وركنها أودعتك هذا المال أو ما قام مقامها فعلاً كان أو قولاً والقبول من المودع حقيقة أو عرفاً فان من وضع يديه بين يدي رجل وقال هذا ووديعة عندك وذهب صاحب الثوب ثم غاب الآخر وترك الثوب ثم غاب الآخر وكان ضامناً لان هذا قبول للوديعة عرفاً وشرطها كون المال قابلاً لانبات البد عليه لان الإيداع عقد استحفاظ وحفظ الشيء بدون اثبات البد غير متصور فأيداع الطبر في الهوام والعباد لا يقي غير صحيح وحكمها كون المال أمانة عنده

قال (الوديعة أمانة في يد المودع) فقد كرنا أن الوديعة في الاصطلاح هو التسليم على الحفظ وذلك يكون بالعقد والامانة أعم من ذلك فانها قد تكون بغير عقد كما انا هبت الريح في ثوب فالتفتة في يديت غيره وإذا كان كذلك جازم على الاعم على الاخص والوديعة أمانة في يد المودع (اذا هلك لم يضمنها لقوله صلى الله عليه وسلم ليس على المستعير غير المغل ضمان ولا على المستودع غير المغل ضمان) والغلول والاغلال الخيانة الآن الغلول في المغن خاصة والاغلال عام قيل فيه نظرا لانه ذكر في غريب (٨٩) الحديث أنه قول شرع ليس يحدت

مرفوع وأجيب بأنه مسند عن عبد الله بن عمر عن النبي صلى الله عليه وسلم (ولان شرعيتها الحاجة الناس اليها فلو ضمن المودع امتنع الناس عن قبولها وفي ذلك تعطيل لمصالح المسلمين) قال (ولودع أن يحفظه بانفسه وعن في عياله) قالوا المراد به من يساكنه لا الذي يكون في نفقة المودع فحسب فان المرأة اذا اودع عندها شئ جازلها أن تدفع الى زوجها وابن المودع الكبير اذا كان يساكنه ولم يكن في نفقته وتركه الأب في بيت فيه الوديعة لم يضمن لكن بشرط أن لا يهمل عن في عياله الخيانة فان علم ذلك وحفظ بهم ضمن وهذا اذا لم يسه عن الدفع اليهم (لان الظاهر أنه يلتزم حفظ مال غيره على الوجه الذي يحفظ مال نفسه) وهو انما يحفظ ماله عن في عياله فيجوز أن يدفع اليهم الوديعة وعن هذا قبل العيال ليس بشرط فانه روى عن محمد أن المودع اذا دفع الوديعة الى وكيله وهو ليس في عياله اودع الى أمين من أمانته عن يتق به في ماله وليس في عياله

قال (الوديعة أمانة في يد المودع اذا هلك لم يضمنها) لقوله عليه الصلاة والسلام ليس على المستعير غير المغل ضمان ولا على المستودع غير المغل ضمان ولان بالناس حاجة الى الاستيداع فلو ضمنه يتعنت الناس عن قبول الودائع فتتعطل مصالحهم قال (ولودع أن يحفظه بانفسه وعن في عياله) لان الظاهر أنه يلتزم حفظ مال غيره على الوجه الذي يحفظ مال نفسه

محصل ذلك ان معنى الودائع لغة أعم من معناها شرعية لاختصاص الثاني بالمال وتناول الاول المال وغيره ولكن المفهوم من معتبرات كتب اللغة كالصاح والقاموس والمغرب وغيرها اختصاص الاول أيضا بالمال لان المذكور فيها عند بيان معناها يقال اودعته مالا أي دفعته اليه ليكون وديعة عنده فلو لم يكن له اختصاص بالمال في اللغة أيضا لما أطبق أرباب اللغة على ذكر المال في بيان معناها بل كان اللاتق بهم أن يقولوا اودعته شئ أو دفعته اليه ليكون وديعة عنده والمجب أن صاحب الكافي والكفاية بعد ان قالوا الودائع لغة تسليط الغير على حفظ أي شئ كان مالا أو غير مال قالوا أيضا يقال اودعت زيدا مالا واستودعته اياه اذا دفعته اليه ليكون عنده وليس فيما استشهد به شئ يوهم العموم بل فيه ما يشعر بالخصوص كما عرفت أنفا فكان اللاتق بهم سماجا ترك ذلك (قوله الوديعة أمانة في يد المودع الخ) قال صاحب النهاية فان قيل الوديعة والامانة كلهما عبارتان عن معبر واحد فكيف يجوز بينهما المبتدأ والخبر ولا يجوز ايقاع اللفظين المترادفين مبتدأ وخبرا الاعلى طريق التفسير كقولك الليث أسد والحبس منع وهو اراء المصنف ههنا ليس تفسير الوديعة بالامانة قلنا جواز ذلك ههنا بطريق العموم والخصوص فان الوديعة خاصة والامانة عامة وجل العام على الخاص صحيح دون عكسه فالوديعة هي الاستحفاظ قصدا والامانة هي الشئ الذي وقع في يده من غير قصد بأن هبت الريح في ثوب انسان وألقته في حجر غيره والحكم في الوديعة أن يبرأ عن الضمان اذا عاد الى الوفاق وفي الامانة لا يبرأ بعد الخلاف هكذا نقل عن الامام بدر الدين الكردي الى هنا لفظ النهاية وقال صاحب الكفاية قال الشيخ الامام بدر الدين رحمه الله الفرق بين الوديعة والامانة بالعموم والخصوص فالوديعة خاصة والامانة عامة وجل العام على الخاص صحيح دون عكسه فالوديعة هي الاستحفاظ قصدا والامانة هي الشئ الذي وقع في يده من غير قصد بأن هبت الريح في ثوب انسان وألقته في حجر غيره والحكم في الوديعة أن يبرأ عن الضمان اذا عاد الى الوفاق ولا يبرأ عن الضمان اذا عاد الى الوفاق في الامانة الى هنا كلامه (أقول) رد على الجواب المزبور والفرق المذكور أن التقرير المسفور يقتضى أن يكون بين الوديعة والامانة تباين لا عموم وخصوص فانه قد اعتبر في الاولى القصد وفي الاخرى عدم القصد وهما لا يجتمعان في مادة أصلها وكذا جعل حكم الاولى أن يبرأ عن الضمان بالعود الى الوفاق وحكم الاخرى أن لا يبرأ عن الضمان بالعود الى الوفاق وهما متناقضان لا يترتبان على شئ واحد فلا يتصور بينهما عموم وخصوص بل يتعين التباين وجل أحد المتباينين على الآخر غير صحيح قطعاً فلا يتم المطلوب وقال صاحب العناية ههنا قد ذكرنا أن الوديعة في الاصطلاح هو التسليم على الحفظ وذلك يكون بالعقد والامانة أعم من ذلك فانها قد تكون

(قوله قد كرنا أن الوديعة في الاصطلاح هو التسليم على الحفظ وذلك يكون بالعقد) أقول يخالف لما تقدم في الاقرار من أن الوديعة قد تكون بغير صنع (قوله والامانة أعم من ذلك الى قوله جازم على الاعم على الاخص) أقول فيه أن الامانة مبين للوديعة بهذا المعنى لانها أعم منه بل المراد بالوديعة ما يترك عند الامين

ولانه لايجب دامن الدفع الى عياله لانه لا يمكنه ملازمة يتيه ولا استحباب الوديعة في خروجه فكان
المالك راضيا به

بغير عقد كما اذا هبت الريح في ثوب فالتفت في بيت غيره واذا كان كذلك جاز حمل الاعم على الاخص اه
كلامه ورد عليه بعض الفضلاء حيث قال فيه ان الامانة مبين للوديعة بهذا المعنى لانها اعم منه بل
المراد بالوديعة ما ترك عند الامين اه (أقول) قد كان لاح لي ما ذكر من حديث كون الوديعة
بهذا المعنى مبينا للامانة مع كلام آخر وهو انه يلزم حينئذ ان لا يصح قول المصنف الوديعة امانة في يد
المودع اذا التسليط على الحفظ امر معنوي لا يمكن أن يكون في يد المودع ولكن دفعته مأمعا بحمل
كلام صاحب العناية على المسامحة بأن يكون مراده بقوله هو التسليط على الحفظ هو ما يحصل بسبب
التسليط على الحفظ فيكون حمل نفس التسليط على الوديعة من قبيل الاسناد المجازي فلا ينافي هذا
أن تكون الوديعة في الحقيقة ما ترك عند الامين فيندفع المحذوران المزبوران معا ثم ان هذا التوجيه
وان كان بعيدا عن ظاهر اللفظ الا أنه لا بد من المصير اليه تحصيل الكلمات ثقات الناظرين في هذا
المقام فان ذنبك المحذوران يردان على ظاهر لفظ كل واحد منهم ألا ترى انه قال في النهاية والكفاية
فالوديعة هي الاستحفاظ قصد او الامانة هو الشيء الذي وقع في يده من غير قصد وقال في غاية البيان لان
الوديعة عبارة عن كون الشيء امانة باستحفاظ صاحبه عند غيره قصد او الامانة قد تكون من غير قصد
الى غير ذلك من عبارات المشايخ بنى ههنا شي وهو ان ما ذكره الشراح ههنا من ان الامانة اعم من الوديعة
بناء على اعتبار القصد في الوديعة دون الامانة مخالف لما صرحوا به في أو خراب الاستثناء من كتاب
الاقرار من ان الوديعة قد تكون من غير صنع صاحبها كالقطة فانها وديعة في يد الملتقط وان لم يدفع
اليه صاحبها وكذا اذا هبت الريح فالتفت ثوبا في دار انسان وأما مجرد ما ذكره المصنف هناك من ان
الوديعة قد تكون من غير صنعه فلا يقتضي المخالفة لما واز أن يكون مراده بقوله من غير صنعه من
غير صنع المقر من غير صنع صاحب الوديعة كما يرشد اليه قوله هناك حتى لو قال أو دعته كان على
هذا الخلاف وقد نهت عليه هناك فتدبر ثم ان صاحب النهاية بعد ان ذكر الجواب الاول ونسبه
الى الامام بدر الدين الكردي كما مر قال والاولى من الجواب فيه أن يقال لفظ الامانة صار علما للماهو
غير مضمون فكان قوله هو امانة عنده أي غير مضمون عليه من غير تفاوت بين اللفظين بوجه من الوجوه
حتى ان لفظ الامانة ينسحب استعماله في جميع الصور التي لا ضمان فيها وأراد بالوديعة ما وضع للامانة
بالإيجاب والقبول فكانا متغايرين فصح ايقاعهما مبتدأ وخبرا اه (أقول) فيه نظر اذ لو كان
المراد بالامانة المذكورة في الكتاب معنى غير مضمون لما احتج الى ذكر قوله اذا هلك لم يضمن للقطع
بقبح أن يقال الوديعة غير مضمونة على المودع اذا هلك لم يضمن لكون الثاني مستدركا ورد عليه
الشارح العيني بوجه آخر حيث قال بعد نقله وفيه ما فيه لان العلم ما وضع لشيء بعينه وغير مضمون
ليس كذلك وليت شعري أي علم هذان اقسام الاعلام اه كلامه (أقول) دفع هذا سهلا لان
لفظ الامانة ان كان علما للماهو غير مضمون كان من اعلام الأجناس كاسامة فانه علم لجنس الاسد
وسبحان فانه علم لجنس التسبيح الى غير ذلك من اعلام الأجناس التي ذكروها في كتب الضوابط وبنوا
دخولها في تعريف العلم بما وضع لشيء بعينه غير متناول غيره بوضع واحد فنأقن مباحث ذلك في محالها
لا يشبه عليه الامر فيما نحن فيه (قوله ولانه لايجب دامن الدفع الى عياله لانه لا يمكنه ملازمة يتيه
ولا استحباب الوديعة في خروجه فكان المالك راضيا به) أقول فيه شيء وهو ان قوله فكان المالك
راضيا به يشعر بكون مدارج جواز دفع الوديعة الى عياله رضا المالك به وذلك يقتضي عدم جواز دفعها

(قوله ولانه) دليل آخر على
ذلك وهو أنه أي المودع
(لايجب دامن الدفع الى
عياله لانه لا يمكنه ملازمة
يتيه) لا محالة (ولا استحباب
الوديعة عند خروجه) وهذا
معلوم للمودع (فيكون راضيا به)

فان حفظها بغيرهم) بأن ترك متافيه الوديعة وخرج وفيه غير عياله (أو أودعها غيرهم) بأن نقلها من يده وأودعها عند غيرهم) ضمن لان المالك رضى بيده لا بيد غيره (الحال أن (الأيدي تختلف في الأمانة) قيل هذا يناقض قوله لان الظاهر أن يلتزم حفظ مال غيره على الوجه الذي يحفظ مال نفسه لان المودع يجوز له أن يستودع ماله عند غيره فينبغي أن يملك ايداع الوديعة أيضا وخطؤه ظاهر لان قوله الظاهر أن يلتزم حفظ مال غيره لا يدل على جواز الايداع لان الايداع استصفا لا حفظ (قوله ولان الشيء لا يتضمن مثله) قد تقدم ما يرد عليه من النقض المستعير والعبد المأذون والمكاتب فان أهم ولا ية فعل ما فعل بهم والودع بالجواب في مظانها ولا بأس بد كرههنا جارا لا وهو أن المستعير مالك للنفقة والمأذون يتصرف بحكم المالك وكذلك المكاتب فيملك كل منهم التملك (٩١) (والوضع في حرز الغير ايداع) كالتسليم اليه فيوجب الضمان (الا

(فان حفظها بغيرهم أو أودعها غيرهم ضمن) لان المالك رضى بيده لا بيد غيره والأيدي تختلف في الأمانة ولان الشيء لا يتضمن مثله كالو كبل لا يوكل غيره والوضع في حرز غيره ايداع الا اذا استأجر الحرز فيكون حافظا بحرز نفسه قال (الآن يقع في داره حريق فيسلمها الى جاره أو يكون في سفينة فخاف الغرق فبقيها الى سفينة أخرى) لانه تعين طريقا للحفظ في هذه الحالة فبعضه المالك ولا يصدق على ذلك الا بينة لانه يدعى ضرورة مسقط للضمان بعد تحقق السبب فصار كما اذا ادعى الاذن في الايداع قال (فان طلبها صاحبها فحبسها وهو بقدرة على تسليمها ضمنها) لانه متعذر بالنعى وهذا لانه لما طلبه لم يكن راضيا بما ساء له بعده فيضمنه بحسبه عنه قال (وان خططها المودع بحاله حتى لا تتميز ضمنها ثم لا سبيل للمودع عليها عند أبي حنيفة وقال اذا خططها بحسبها شره ان شاء) مثل أن يخطط الدراهم البيض بالبيض والسود بالسود والحنطة بالحنطة والشعير بالشعير لهما أنه لا يمكنه الوصول الى عين حقه صورة وأمكنه معنى بالقسمة فكان استهلاك من وجهه دون وجه فيميل الى أيهما شاء وله انه استهلاك من كل وجه لانه فعل بتعذر معه الوصول الى عين حقه ولا معتبر بالقسمة لانها من موجبات الشركة

اليه عند عدم رضاه به وليس كذلك فان المالك اذا نهى عن دفعها الى أحد من عياله فدفعها الى مالا يد له منه لم يضمن كما سياتي في الكتاب فاعلم ان مدار ذلك هو الضرورة كما هو المفهوم من قوله ولانه لا يجذبها من الدفع الى عياله فالأولى أن يترك فكان المالك راضيا به ويقال بدله فان امتناع الحفظ بعياله يقتضي سد باب الودائع وتعطل مصالح العباد كما وقع في شرح القدرى الامام الزاهدى (قوله فان حفظها بغيرهم أو أودعها غيرهم ضمن لان المالك رضى بيده لا بيد غيره والأيدي تختلف في الأمانة) أقول فيه أيضا ثبتي وهو ان ظاهر هذا التعليل يقتضى أن يضمن أيضا اذا حفظها بيد من في عياله لا بيد نفسه لان يدهم غير يدهم فلا يظهر أن يقال لان المالك رضى بيدهم لا بيد غيرهم على منج قوله في نفس المسئلة فان حفظها بغيرهم أو أودعها غيرهم على صيغة الجمع الشاملة لنفسه وعياله كما وقع في شرح القدرى الامام الزاهدى حيث قال لان الأيدي تختلف في الأمانة فلا يكون رضاه بيدهم رضاه بغيرهم (قوله ولا معتبر بالقسمة لانها من موجبات الشركة فلا تصلح موجبة لها) قال بعض الفضلاء فيه تأمل فان المعلول هنا جواز الشركة والعلة امكان القسمة والقسمة نفسها من موجبات نفس الشركة اه (أقول) هذا ساقط فان القسمة نفسها ليست

يرضى به المودع فاذا طلبه لم يرض به كذلك بما ساء له وقد حبسه فصار ضامنا والخطا في التاميز تعد فيوجب الضمان ويقطع الشركة عند أبي حنيفة وقال ان خطا بالجنس شركة ان شاء مثل أن يخطط الدراهم البيض بثلها والسود بثلها والحنطة بالحنطة والشعير بالشعير ولا تعذر الوصول الى حقه صورة وأمكنه معنى بالقسمة وكل ما هو كذلك فهو استهلاك من وجهه دون وجه فيميل الى أيهما شاء ولا ي حنيفة أنه استهلاك من كل وجه لتعذر الوصول معه الى عين حقه وهذا مسلم عند الخصم (قوله وأمكنه معنى) غير صحيح لانه بالقسمة وهى من أحكام الشركة

(قوله لان الايداع استصفا لا حفظ) أقول فيه تأمل قال المصنف (ولا معتبر بالقسمة لانها من موجبات الشركة فلا تصلح موجبة لها) أقول فيه تأمل فان المعلول هنا جواز الشركة والعلة امكان القسمة والقسمة نفسها من موجبات نفس الشركة

(فلا تصلح موجبة لها) لتلايقلب المعاول على (ولو أبرأ) (المالك) الخاطا سقط حقه عن ذمة المودع عنده لانه لاحق له الا في الدين وقد أسقط
وعندهما تسقط خيرة الضمان لتعين الدين لصرف الابرأ اليه فتبقى الشركة في المخلوط (و) ان خاط المائع بغير الجنس ك(خطا الحل) بالخاء
المهملة وهو دهن السمسم (زيت الزيتون) صار مذهما كذهب أي حنيفة (ويوجب انقطاع حق المالك الى الضمان بالاجماع لانه استهلاك
صورة) وهو ظاهر (ومعنى لتعذر القسمة باعتبار اختلاف الجنس) لأن حقيقة القسمة بالافراز وذلك انما يكون عند اتحاد الجنس (ومن هذا
القبيل) أي من قبيل انقطاع حق المالك بالاجماع (خطا الحنطة بالشعير في الصحيح) وقوله في الصحيح احتراز عن قول بعضهم ان الجواب في ذلك
كالجواب في خطا الحنطة بالحنطة فكان على الاختلاف المذكور (لان أحدهما لا يتخلو عن حبات الاخر فيتم عذرا التميز) صورة ومعنى (وان
خاطا المائع بجنسه أو جب الضمان عنده لما ذكرنا) من الاستهلاك (وعند أي يوسف يجعل الاقل تابعالا اكثر) فيكون المخلوط لصاحب الكثير
ويضمن لصاحب القليل (اعتبار الغالب أجزاؤه وعند محمد شركة بكل حال) أي سواء كان الخلط بالقليل أو بغيره (لان الجنس لا يغلب الجنس
عنده ما مر في الرضاع) اذا جع بين لبن امرأتين في قدح وصب في حلق رضيع ينبت الرضاع منهما اجمعا عند محمد (وتظهره خط الدراهم
بمثلها اذا بصيرورته مائعا بالاذابة وان اختلطت بمال المودع من غير فعله كالأوشق الكيسان فاخطا صار اشرك بكن لانه لم يصنع شيئا
يوجب الضمان وهذا بالاتفاق) فان هلك البعض كان من مالهما جميعا اذا الاصل في المال المشترك أن يكون الهالك من مالهما والباقي على
الشركة (فان أنه في المودع بعضها ثم رد مثله فقلطه بالباقي ضمن الجميع) البعض بالاستهلاك اتفاقا والبعض به خطا لا يقال فاجعل الرد قضاء
لاخطا لعدم تفرد بالقضاء بغير محضر من صاحبه (٩٣) ولولو رد ما اتفق كان ضامنا لما اتفق دون ما بقي منها البقاء الحفظ فيه وبما اتفق

لم يتعيب الباقي فان هذا
مما لا يضره التبعيض اذ
الكلام فيه وان أخذوا
ينفق ثم بدله فرداه الى موضعه
فهلك فلا ضمان عليه
لان أخذه لم يناف الحفظ
وبعبد النية لا يصير ضامنا
كالو نوى أن يغصب مال
انسان ولم يفعل قال (واذا
تعدى المودع في الوديعة
الح) (واذا تعدى المودع في
الوديعة فركب الدابة أو
لبس الثوب أو استخدم
العبد أو أودعها عند غيره ثم

فلا تصلح موجبة لها ولو أبرأ الخاطا لا سبيل له على المخلوط عند أي حنيفة لانه لاحق له الا في الدين وقد
سقط وعندهما بالابرأ تسقط خيرة الضمان فتعين الشركة في المخلوط وخطا الحل بالزيت وكل
مائع بغير جنسه يوجب انقطاع حق المالك الى الضمان وهذا بالاجماع لانه استهلاك صورة وكذا معنى
لتعذر القسمة باعتبار اختلاف الجنس ومن هذا القبيل خطا الحنطة بالشعير في الصحيح لان أحدهما
لا يتخلو عن حبات الاخر فتعذر التميز والقسمة ولو خطا المائع بجنسه فعند أي حنيفة ينقطع حق
المالك الى ضمان لما ذكرنا وعند أي يوسف يجعل الاقل تابعالا اكثر اعتبار الغالب أجزاؤه وعند محمد
شركة بكل حال لان الجنس لا يغلب الجنس عنده على ما مر في الرضاع وتظهره خط الدراهم بمثلها اذا بصيرورته
لائه يصير مائعا بالاذابة قال (وان اختلطت بماله من غير فعله فهو شرك لصاحبها) كما اذا انشق الكيسان
فاخطا لانه لا يضمنه عدم الصنع منه فيشتركان وهذا بالاتفاق قال (فان أنفق المودع بعضها ثم رد
مثله فخلطه بالباقي ضمن الجميع) لانه خلط مال غيره بماله فيكون استهلاكا على الوجه الذي تقدم قال
(واذا تعدى المودع في الوديعة بان كانت دابة فركبها أو ثوبا فلبسه أو عبدا فاستخدمه أو أودعها عند غيره ثم
أزال التعدى فردها الى يده زال الضمان) وقال الشافعي لا يبرأ عن الضمان لان عقد الوديعة ارتفع
حين صار ضامنا للنسافة فلا يبرأ الا بالرد على المالك ولنا أن الامر باق لا طلاقه وارتفاع حكم العقد
ضرورة ثبوت نقيضه فاذا ارتفع عاد حكم العقد

أزال التعدى فردها الى يده زال الضمان وقال الشافعي رجه الله لا يبرأ عن الضمان لان عقد الوديعة ارتفع حين صار
ضامنا لان الوديعة لكونها أمانة تشافى الضمان واذا ثبت الضمان اتفق المتأني الآخر وهو الوديعة فلا يبرأ الا بالرد على المالك ولنا ان
الامر باق لا طلاقه عن التمسيد بوقت فموجب بقاء المأمور به وهو الحفظ على وجه الامانة وارتفاع حكم العقد وهو الحفظ المذكور ضرورة
ثبوت نقيضه وهو الامانة بالخالفه والثابت بالضرورة يتقدر بقدر الضرورة وهي تندفع بانباته مادامت المخالفة باقية فلا يتعدى الى
ما بعد ارتفاعه فاذا ارتفع عاد حكم العقد وعورض بأن الامر باق فيكون مأمورا بدوام الحفظ وما هذا شأنه فالمخالفة فيه رد لا من
الاصل كالجود فلا يبرأ عن الضمان برفع المخالفة كالاقرار بعد الجود وأجيب بأننا لا نسلم أن المخالفة فيه رده من الاصل لان بطلان
الشيء انما يكون بما هو موضوع لابطاله أو بما ينافيه والمخالفة بالاستعمال ليست بموضوع لابطال الادعاء ولا تنافيه ألا ترى أن الامر
بالحفظ مع الاستعمال صحيح ابتداء بأن يقول للعاصب أو دعيتك وهو مستعمل بخلاف الجود فانه قول موضوع للرد فيجوز أن يكون ردا
لقول مثله ألا ترى أن الجود في أوامر الشرع رد لها ينكفر به والمخالفة بترك صلاة أو صوم أو موبه ليست برد ولهاذا لا ينكفر بها

(قوله لان أحدهما لا يتخلو عن حبات الاخر) أقول هذا تعليل لقوله ومن هذا القبيل الخ (قوله لا يقال فاجعل الرد قضاء لاخطا لعدم
تفرد) أقول قوله لعدم تفرد جواب لقوله لا يقال فاجعل الخ (قوله ضرورة ثبوت نقيضه وهو الامانة بالمخالفة) أقول الظاهر أن
يقال وهو الخيانة

(قوله كما اذا استأجره) تنظير لمسئلة الوديعة بالاستئجار فان المخالفة ترك الحفظ في بعض أوقات كونها وديعة فصار كما اذا استأجره للعفظ شهر افترك الحفظ في بعضه ثم عاد الى الحفظ في الباقي فانه ترك الحفظ في بعض الاوقات ولم يخرج بذلك عن كونه أمينا واعتبر من بأن هذا التنظير غير مستقيم لان بقاء كونه أمينا باعتبار أن عقد الاجارة عقد لازم فلا يرتد بدم بخلاف ما نحن فيه وأجيب بأن العقد لازم وغير لازم في الانتفاض بعدم تسليم المعقود عليه سواء بالاتفاق كالاجارة والعارية والبيع والهبة تنتقض بعدم تسليم المعقود عليه ثم في الاستئجار وود العقد على منفعة الحفظ في المدة والمنفعة تحدث شيئا فشيئا فترك الحفظ في بعض المدة يبطل العقد في ذلك القدر ويكون باقية البقاء المعقود عليه فكذا في الحفظ بغير بدل وقوله (حصل الرد الى نائب المالك) جواب عن قوله فلا يبرأ الا بالرد على المالك ووجهه أن المودع نائب المالك فاذا ارتفعت المخالفة وعاد مودعا حصل الرد الى نائب المالك وقوله (فان طلبها صاحبها الخ) ظاهر وقوله (ولو بجدها عند غير صاحبها) كأن قال له رجل ما حال وديعة فلان فقال ليس له عندى وديعة (لا يضمنها عند أبي يوسف) وكذا لو بجدها عند صاحبها من غير طلب منه مثل أن يقول ما حال وديعتي عندك فقال ليس لك عندى وديعة (خلافا لفرق) وانما ذكر خلافه ما غلب وان كان عدم وجوب الضمان قول العلماء الثلاثة قيل لان هذا الفصل غير مذكور (٩٣) في المبسوط وانما ذكر في اختلاف زفر

وبعقوب فذكر كذلك وجهه
قول زفر أن الخو قد سبب
للاضمان سواء كان عند
المالك أولا كالاتلاف
حقيقة ووجهه قول أبي
يوسف ما ذكره أنه من باب
الحفظ لان فيه قطع طمع
الطامعين قال (وللمودع أن
يسافر بالوديعة الخ)
وللمودع أن يسافر بالوديعة
وان كان لها جمل ومؤنة
قالوا اذا كان الطريق آمنا
فان كان مخوفا ضمن
بالاتفاق واذا كان آمنا وله
بمن السفر فكذلك وان
لم يكن وسافر بأهله لا يضمن
وان سافر بنفسه ضمن لانه
أمكنه تركها في أهله ولا

كما اذا استأجره للعفظ شهر افترك الحفظ في بعضه ثم حفظ في الباقي فحصل الرد الى نائب المالك قال (فان طلبها صاحبها فجدها ضمنها) لانه لما طال به بالرد فقد عزله عن الحفظ فبعد ذلك هو بالامساك غاصب مانع فيضمنها فان عاد الى الاعتراف لم يسر أعين الضمان لارتفاع العقد اذا المطالبة بالرد رفع من جهته والخو قد فسح من جهة المودع كعود الوكيل الى كالة وجو أحسن المدة ما قد بين البيع فتم الرفع أولا للمودع يتفرد بعزل نفسه بمحض من المستودع كالوكيل بملك عزله نفسه بمحضه الموكل واذا ارتفع لا يعود الا بالتجدد فلم يوجد الرد الى نائب المالك بخلاف الخلاف ثم العود الى الوفاق ولو بجدها عند غير صاحبها لا يضمنها عند أبي يوسف خلافا لفرق لان الخو عند غيره من باب الحفظ لان فيه قطع طمع الطامعين ولانه لا يملك عزل نفسه بغير محضر منه أو طلبه فيبقى الامر بخلاف ما اذا كان بمحضه قال (وللمودع أن يسافر بالوديعة وان كان لها جمل ومؤنة عند أبي حنيفة وقال ليس له ذلك اذا كان لها جمل ومؤنة) وقال الشافعي ليس له ذلك في الوجهين لابي حنيفة رحمه الله اطلاق الامر والمفازة محل للعطف اذا كان الطريق آمنا ولهذا يملك الاب والوصي في مال الصبي

من موجبات الشر كقطع اذا شئت أنه لا يجب على المشتركين في شيء قسمة ذلك الشيء بل يجوز أن يتصرف فيه على الاشتراك من غير قسمة أبدأ فاعلم الذي من موجبات نفس الشركة وجوازها هو جواز القسمة لا القسمة نفسها فلا يصلح أن يكون جواز القسمة فيما نحن فيه علة موجبة للشر كة لثلاثيقلب المعاول علة فان المعاول هنا عندهما جواز الشر كة قبل أن تتعلق مشيئة المودع بالشر كة ونفس الشر كة بعد أن تتعلق مشيئتهما وكلاهما كافيا بوجبان جواز القسمة تأمل (قوله وللمودع أن يسافر بالوديعة وان كان لها جمل ومؤنة عند أبي حنيفة الخ) قال صاحب العناية في حل هذا المحل قالوا اذا

فرق بين السفر الطويل والقصر وقال ليس له ذلك اذا كان لها جمل ومؤنة وقد تقدم معنى الجمل والمؤنة لكن قيل عند أبي يوسف اذا كان بعيدا وعند محمد قريبا كان أو بعيدا وقال الشافعي ليس له ذلك في الوجهين أي سواء كان لها جمل ومؤنة أولا لابي حنيفة اطلاق الامر لان الامر به بالحفظ مطلقا فلا يتقيد بمكان كالاتقيد بزمان فان قيل سلمنا أن اطلاق الامر يقتضي الجواز لكن المانع عنه متحقق وهو كون المفازة ليس محل الحفظ أجاب بقوله والمفازة محل الحفظ اذا كان الطريق آمنا ولهذا أي ولكون المفازة محل الحفظ يملك الاب والوصي المسافرة بمال الصبي فلو كان التلف مضمونا لما جاز له ما ذلك قبل مسافرة الاب والوصي بمال الصبي للتجارة والناس يحاطرون بالتجارة لطمع الربح وليس للمودع حق التصرف والاسترباح في الوديعة فلا يكون الاستدلال به على المودع صحيحا وأجيب بأنه توضيح للاستدلال ولئن كان استدلالا فهو صحيح لان ولا يهتم على مال الصبي نظرية وأولى وجوه النظر رعايته عن مواضع التلف فلو كان في السفر وهم التلف لما جاز وحيث جاز بالاتفاق اتفق وهم التلف

(قوله قيل لان هذا الخ) اقول فائله السيد جلال (قوله وان لم يكن وسافر بأهله الخ) اقول بخلاف لما في غاية البيان (قوله لان ولا يهتمما على مال الصبي نظرية) اقول لقوله تعالى ولا تقربوا مال اليتيم الا بالتي هي أحسن ولولا أنه من الاحسن لما جاز ذلك لهما

ولهما أنه تلزمه مؤنة الرد لان المودع يجوز أن يموت في بعض الطريق فيلزم المالك مؤنة الرد والظاهر أنه لا يرضى به فتقيد به لكن أبا يوسف جعل السفر القريب عفواً (٩٤) قياساً على القين اليسير في التجارات والشاقي يقيده بالحفظ المتعارف وهو

الحفظ في الامصار وجعله كالاستحفاظ بالاجر فانه اذا استأجر رجلاً شهراً بجرهم ليحفظ ماله فانه لا يملك السفر بذلك المال وان سافر ضمن (قوله قلنا مؤنة الرد) جواب عن قولهما وتقرر به سنانا أن المؤنة تلحق المالك لكنه ليس لمعنى من قبل المودع بل من حيث ضروره امتثال المسودع أمره فانه أمره مطلقاً وهو لا يتقصد إمكان فهو لمعنى راجع إلى المالك فلا يبالى به وقوله (والمعتاد كونهم في المصر) جواب عن قول الشافعي يعني ان المعتاد كون المودع عين وقت الايداع في المصر (لأحفظهم فان من كان في المفازة يحفظ ماله فيها) ولا ينقله الى الامصار (بخلاف الاستحفاظ بالاجر لانه عقد معاوضة فيقتضى التسليم في مكان العقد واذا انهاء المالك أن يخرج بالوديعة فخرج بها ضمن لان التقيد مفيد اذا الحفظ في المصر أبلغ فكان صحيحاً) قال (واذا أودع رجلاً عند رجل وديعة) اذا تعدد المودع وطلب بعضهم نصيبه منها في غيبة الباقي لم يجز المودع على الدفع اليه حتى يحضر الباقي وقال يدفع اليه

ولهما أنه تلزمه مؤنة الرد فيما له حل ومؤنة الظاهر أنه لا يرضى به فتقيدوا الشافعي يقيده بالحفظ المتعارف وهو الحفظ في الامصار وصار كالاستحفاظ بالجر قلنا مؤنة الرد تلزمه في ملكه ضروره امتثال أمره فلا يبالى به والمعتاد كونهم في المصر لأحفظهم ومن يكون في المفازة يحفظ ماله فيها بخلاف الاستحفاظ بالجر لانه عقد معاوضة فيقتضى التسليم في مكان العقد (واذا انهاء المودع أن يخرج بالوديعة فخرج بها ضمن) لان التقيد مفيد اذا الحفظ في المصر أبلغ فكان صحيحاً قال (واذا أودع رجلاً عند رجل وديعة فخر أحداهما وطلب نصيبه منها لم يدفع اليه حتى يحضر الآخر عند أبي حنيفة) وقال يدفع اليه نصيبه وفي الجامع الصغير ثلاثة استودعوا رجلاً ألفاً فغاب اثنان فليس للعاصر أن يأخذ نصيبه عنده وقاله ذلك والخلاف في المكمل

كان الطريق أمنافان كان مخوفاً ضمن بالاتفاق واذا كان آمناً وله بمن السفر فكذلك وان لم يكن وسافر بأهله لا يضمن وان سافر بنفسه ضمن لانه أمكنه تركها في أهله اه (أقول) هذا تخير بمحتل وحل فاسد لانه ان كان مقبول القول في قالوا مجموع ما ذكره بان كان قوله اذا كان الطريق آمناً شرطاً وما بعده جزاءه فسد المعنى جداً يلزم حينئذ أن يكون ما كان الطريق مخوفاً قسمياً ما كان آمناً فلزم أن يكون ضد الشيء قسمياً منه وهو باطل قطعاً وان كان مقبول ذلك قوله اذا كان الطريق آمناً فقط بان كان معناه قالوا هذا الذي كفي الكتاب اذا كان الطريق آمناً كما هو المطابق لما في الكافي وسائر الشروح وكان قوله فان كان مخوفاً ضمن بالاتفاق بياناً للحكم كون الطريق مخوفاً في المسافرة بالوديعة وكان قوله واذا كان آمناً وله بمن السفر الخ تفصيلاً للحكم كون الطريق آمناً في المسافرة بالوديعة فسد معنى المقام أيضاً لانه ان أراد بقوله اذا كان الطريق آمناً في قوله قالوا اذا كان الطريق آمناً ما هو عام لما كان له بمن السفر وما لم يكن كما هو الظاهر من اطلاق اللفظ كان قوله في التفصيل واذا كان آمناً وله بد من السفر فكذلك منافياً لذلك قطعاً وان أراد بذلك ما هو مفيد بان لم يكن له بمن السفر فرفع كون الانظر غير مساعد له بنافيه قوله في التفصيل وان سافر بنفسه ضمن لانه قسم من ذلك المقيد كما ترى مع ان حكمه وهو الضمان بخلاف لما ذكر في الكتاب على ان ما ذكر في الكتاب فيما اذا لم يعين المالك المصر للحفظ فيه كما يقتضيه اطلاق اللفظ وبدل عليه قطعاً قول المصنف فيما بعده واذا انهاء المودع أن يخرج بالوديعة فخرج بها ضمن ولم يذكر في واحد من كتب الفقه ولم ينقل عن أحد قط التفصيل الذي ذكره صاحب العناية في صورة اذا كان الطريق آمناً وله بمن السفر ليعين المالك المصر للحفظ فيه وانما ذكره في التفصيل في صورة ان كان الطريق مخوفاً وان عين المالك المصر للحفظ فيه فالصواب في هذا المقام تخير صاحب النهاية حيث قال هذا كله اذا كان الطريق آمناً ما اذا كان مخوفاً وله بمن السفر ضمن بالاتفاق وكذا الاب والوصي وان لم يكن له بمن السفر ان سافر بأهله لا يضمن وان سافر بنفسه ضمن لانه يمكنه أن يتركها في أهله كذا في الجامع الصغير لقاضيخان اه وتخبر صاحب الكافي ومعراج الدراية حيث قال هذا اذا لم يعين المالك المصر للحفظ فيه بل أطلق فان عين الحفظ في المصر فسافر ان كان سفره له منه بد ضمن وان كان سفره لا بد له منه فان أمكنه الحفظ في المصر مع السفر بان أمكنه أن يترك واحداً من عماله مع الوديعة في المصر ضمن وان لم يمكنه ذلك لم يضمن اه وكان صاحب العناية لم يفرق بين الحالتين فخلط الكلام وأفسد معنى المقام (قوله وفي الجامع الصغير ثلاثة استودعوا رجلاً ألفاً فغاب اثنان فليس للعاصر أن يأخذ نصيبه عنده وقاله ذلك) قال في العناية وذكر رواية الجامع الصغير ليدل بوضعه على أن المراد بموضع الخلاف المذكور في مختصر القدوري من قوله وديعة المكمل نصيبه ولا يكون ذلك قسمة على الغائب حتى ان الباقي ان هلك في يد المودع كان للغائب أن يشارك القابض والموزون فيما قبض وذكر رواية الجامع الصغير ليدل بوضعه على أن المراد بموضع الخلاف المذكور في مختصر القدوري من قوله وديعة المكمل

نصيبه ولا يكون ذلك قسمة على الغائب حتى ان الباقي ان هلك في يد المودع كان للغائب أن يشارك القابض والموزون فيما قبض وذكر رواية الجامع الصغير ليدل بوضعه على أن المراد بموضع الخلاف المذكور في مختصر القدوري من قوله وديعة المكمل

والموزون لان المذكور فيه الالف وهو موزون وذكروا الخلاف فيما يقسم وما لا يقسم قال في الفوائد الظهري ان الاول هو الصحيح حتى اذا كانت الوديعة من الثياب والذواب والعبد لم يكن له ان يأخذ نصيبه بالاجماع (٩٥) وحكاية الحاشي في المسئلة مشهورة لهما

انه طالب به بدفع نصيبه فيؤمر بالدفع اليه كافي الدين المشترك وهذا لانه يطالبه بتسليم ماسلم اليه وهو النصف ولهذا كان له ان يأخذه فكذا يؤمر هو بالدفع اليه ولا يحنيفه انه طالب به بدفع نصيب الغائب لانه يطالبه بالمقرض وحقه في المشاع والمقرض المعين يشتمل على الحقيق ولا يتميز حقه بالاقسمة وليس للودع ولاية القسمة ولهذا لا يقع دفعه قسمة بالاجماع بخلاف الدين المشترك لانه يطالبه بتسليم حقه لان الدينون تقضى بأمتالها

والموزون لان المذكور فيه الالف وهو موزون انتهى (أقول) فيه بحث اذ ليس فيما ذكره من رواية الجامع الصغير ما يشعر بمحصر وضع المسئلة فيما يقسم حتى يبدله على أن موضع الخلاف هو المكمل والموزون قوله لان المذكور فيه الالف وهو موزون ليس بشئ اذ لا شك ان الالف انما ذكر فيه على سبيل التيسيل لا الحصر كيف ولو اصاب ذلك الحصر لكان وضع المسئلة المذكور فيه غير متناول للمكمل أصلاً بمقتضى قوله وهو موزون ولا للموزون الذي هو غير الالف فيفوت المطلوب وقال في معراج الدراري قال أبو جعفر في الكشف في هذه الرواية من الفائدة ما ليس في رواية كتاب الوديعة وذلك أن رواية كتاب الوديعة القاضي لا يأمر المودع بالدفع وكان يجوز أن يقول قائل ان كان القاضي لا يأمر المودع بالدفع فله ان يأخذ دينه فلما قال في الجامع ليس له أن يأخذ هذه زالت هذه الشبهة وفائدة أخرى أن رواية كتاب الوديعة في اثنين ورواية الجامع في الثلاثة فلولا رواية الجامع لكان لبعض أن يقول نصيب الواحد الحاضر من الثلاثة أقل من نصيب الغائبين فيصير منه تهلكا ويجعل به عالا كثر فلا يؤخذ من المودع فأما نصيب الحاضر من الرجلين فلا يكون مستهلكا ولا تبعا فله أخذ قسمة من رواية الجامع أن كليهما سواء انتهى (أقول) في الفائدة الأخرى نظرا لاجواب المسئلة في رواية الجامع الصغير أن ليس للحاضر أن يأخذ نصيبه عند أي حنيفة وهذا لا يدفع توهم قائل ان علة عدم الأخذ في هذه الصورة قلة نصيب الحاضر بل يؤيده لمساعدة هذه الرواية ذلك الاحتمال وانما يدفعه رواية كتاب الدعوى لان نصيب الحاضر ليس بأقل من نصيب الغائب في تلك الرواية فلا مجال لتوهم أن يكون علة عدم دفع نصيب الحاضر اليه قلة نصيبه فتلك الفائدة الأخرى انما تظهر لو ذكرت رواية كتاب الوديعة بعد ذكر رواية الجامع الصغير على عكس ما في الكتاب اللهم الا أن يكون بناء تلك الفائدة على قول أبي يوسف ومحمد في هذه المسئلة دون قول أبي حنيفة فيثبت ذلك يظهر على ترتيب الكتاب تأمل تقف (قوله)

بمخلاف الدين المشترك لانه يطالبه بتسليم حقه أي حق المديون (لان الدينون تقضى بأمتالها) فلا يكون هذا تصرفا في حق الغير بل يكون المديون متصرفا في مال نفسه فيجوز كذا في النهاية وغيرها قال صاحب العناية بعد أن شرح هذا المقام أولا هكذا وفيه نظر لان الانسان لا يؤمر بالتصرف في ماله بالدفع الى من لا يجب له عليه ذلك لا الى من لا يجب له عليه ذلك اذ لا شك انه يجب على المديون قضاء دينه فلما لم يتصور قضاء الدين بعينه بل لابد من أن يقضى بعينه وجب على المديون للدائن دفع مثل دينه من مال نفسه الى دائنه فكان ما أوراه وبالجملة ليس كل ما يجب على انسان لانسان دفع عين ما أخذه منه بل قد يكون دفع مثله وبه كما فيما نحن فيه فلا محذور قطعاً ثم قال

والمثل مال المديون ليس بمشترك بينهما والقضاء انما يقع بالمقاصة

والموزون وهو المراد بالمذكور في المختصر لهما أنه طالب به بدفع نصيبه فيؤمر بالدفع اليه كافي الدين المشترك وهذا لانه يطالبه بتسليم ماسلم اليه وهو النصف ولهذا كان له ان يأخذه فكذا يؤمر هو بالدفع اليه ولا يحنيفه انه طالب به بدفع نصيب الغائب لانه يطالبه بالمقرض وحقه في المشاع والمقرض المعين يشتمل على الحقيق ولا يتميز حقه بالاقسمة وليس للودع ولاية القسمة ولهذا لا يقع دفعه قسمة بالاجماع بخلاف الدين المشترك لانه يطالبه بتسليم حقه لان الدينون تقضى بأمتالها

والموزون لان المذكور فيه الالف وهو موزون انتهى (أقول) فيه بحث اذ ليس فيما ذكره من رواية الجامع الصغير ما يشعر بمحصر وضع المسئلة فيما يقسم حتى يبدله على أن موضع الخلاف هو المكمل والموزون قوله لان المذكور فيه الالف وهو موزون ليس بشئ اذ لا شك ان الالف انما ذكر فيه على سبيل التيسيل لا الحصر كيف ولو اصاب ذلك الحصر لكان وضع المسئلة المذكور فيه غير متناول للمكمل أصلاً بمقتضى قوله وهو موزون ولا للموزون الذي هو غير الالف فيفوت المطلوب وقال في معراج الدراري قال أبو جعفر في الكشف في هذه الرواية من الفائدة ما ليس في رواية كتاب الوديعة وذلك أن رواية كتاب الوديعة القاضي لا يأمر المودع بالدفع وكان يجوز أن يقول قائل ان كان القاضي لا يأمر المودع بالدفع فله ان يأخذ دينه فلما قال في الجامع ليس له أن يأخذ هذه زالت هذه الشبهة وفائدة أخرى أن رواية كتاب الوديعة في اثنين ورواية الجامع في الثلاثة فلولا رواية الجامع لكان لبعض أن يقول نصيب الواحد الحاضر من الثلاثة أقل من نصيب الغائبين فيصير منه تهلكا ويجعل به عالا كثر فلا يؤخذ من المودع فأما نصيب الحاضر من الرجلين فلا يكون مستهلكا ولا تبعا فله أخذ قسمة من رواية الجامع أن كليهما سواء انتهى (أقول) في الفائدة الأخرى نظرا لاجواب المسئلة في رواية الجامع الصغير أن ليس للحاضر أن يأخذ نصيبه عند أي حنيفة وهذا لا يدفع توهم قائل ان علة عدم الأخذ في هذه الصورة قلة نصيب الحاضر بل يؤيده لمساعدة هذه الرواية ذلك الاحتمال وانما يدفعه رواية كتاب الدعوى لان نصيب الحاضر ليس بأقل من نصيب الغائب في تلك الرواية فلا مجال لتوهم أن يكون علة عدم دفع نصيب الحاضر اليه قلة نصيبه فتلك الفائدة الأخرى انما تظهر لو ذكرت رواية كتاب الوديعة بعد ذكر رواية الجامع الصغير على عكس ما في الكتاب اللهم الا أن يكون بناء تلك الفائدة على قول أبي يوسف ومحمد في هذه المسئلة دون قول أبي حنيفة فيثبت ذلك يظهر على ترتيب الكتاب تأمل تقف (قوله)

بمخلاف الدين المشترك لانه يطالبه بتسليم حقه أي حق المديون (لان الدينون تقضى بأمتالها) فلا يكون هذا تصرفا في حق الغير بل يكون المديون متصرفا في مال نفسه فيجوز كذا في النهاية وغيرها قال صاحب العناية بعد أن شرح هذا المقام أولا هكذا وفيه نظر لان الانسان لا يؤمر بالتصرف في ماله بالدفع الى من لا يجب له عليه ذلك لا الى من لا يجب له عليه ذلك اذ لا شك انه يجب على المديون قضاء دينه فلما لم يتصور قضاء الدين بعينه بل لابد من أن يقضى بعينه وجب على المديون للدائن دفع مثل دينه من مال نفسه الى دائنه فكان ما أوراه وبالجملة ليس كل ما يجب على انسان لانسان دفع عين ما أخذه منه بل قد يكون دفع مثله وبه كما فيما نحن فيه فلا محذور قطعاً ثم قال

(قوله لان المذكور فيه) أقول يعني المذكور في الجامع الصغير (قوله أي حق المديون) أقول يعني ماله (قوله وفيه نظر لان الانسان لا يؤمر بالتصرف في ماله بالدفع الى من لا يجب له عليه ذلك) أقول بتشكك بدفعه قوله لان الدينون تقضى بأمتالها

قوله له أن يأخذه قلنا ليس من ضرورته أن يجبر المودع على الدفع كما إذا كان له ألف درهم وديعة عند
 انسان وعليه ألف لغيره فلغيره أن يأخذه إذا ظفر به وليس للمودع أن يدفعه اليه قال (وان أودع
 رجل عند رجلين شيئا مما يقسم لم يجز أن يدفعه أحدهما الى الآخر ولكنهما يقسمانه فيحفظ كل واحد
 منهما نصفه وان كان مما لا يقسم جاز أن يحفظه أحدهما باذن الآخر) وهذا عند أبي حنيفة وكذلك
 الجواب عنده في المرتين والوكيلين بالشراء إذا سلم أحدهما الى الآخر وقال لا أحدهما أن يحفظ
 باذن الآخر في الوجهين لهما أنه رضى بأمانتهما فكان لكل واحد منهما أن يسلم الى الآخر ولا يضمن
 كما فيما لا يقسم وله أنه رضى بحفظهما ولم يرض بحفظ أحدهما كله لان الفعل متى أضيف الى
 ما يقبل الوصف بالتجزئ يتناول البعض دون الكل فوقع التسليم الى الآخر من غير رضا المالك فيضمن
 الدافع ولا يضمن القابض لان مودع المودع عنده لا يضمن وهذا بخلاف ما لا يقسم لانه لما أودعهما
 ولا يمكنهما الاجتماع عليه آنا بالليل والنهار وأمكنهما المهاباة كان المالك راضيا بدفع الكل الى أحدهما
 في بعض الاحوال

وقوله (له أن يأخذه)
 جواب عن قوله - ما ولهذا
 كان له أن يأخذه وتقر به
 جواز الاخذ لا يستلزم أن
 يجبر المودع على الدفع اذ
 الجبر ليس من ضرورات
 الجواز يعني من لوازمه
 لانفكا عنه كما إذا كانت
 له ألف درهم وديعة عند
 انسان وعليه ألف لغيره
 فلغيره أي لغير مودع
 بالكسر أن يأخذه إذا ظفر
 به وليس للمودع أن يدفع
 اليه قوله (وان أودع رجل
 عند رجلين شيئا مما يقسم)
 ما يقسم هو الذي لا يتعين
 بالتفر يق الحسى كالمكيل
 والموزون وما لا يقسم هو
 ما يتعين به كالعبد والذابة
 والثوب الواحد والطبق
 وكلامه ظاهر وقال في
 المبسوط قول أبي حنيفة
 أقبس لان رضاه بأمانة اثنين
 لا يكون رضا بأمانة واحد
 فاذا كان الحفظ مما يتأق
 منه - ما عاده لا يصير راضيا
 يحفظ أحدهما لكل

صاحب العناية والحق ان الضمير في حقه للشريك لا للديون كما وقع في الشروح ومعناه لان الشريك
 يطالب المدينون بتسليم حقه أي بقضاء حقه وحقه من حيث القضاء ليس بمشترك بينهما لان الديون تقضى
 بأمثالها والمثل مال المدينون ليس بمشترك بينهما والقضاء انما يقع بالمقاصة انتهى كلامه (أقول) فيه نظر
 أما أولان كلام المصنف لا يساعد لان الضمير في حقه لو كان للشريك دون المدينون لم يتم استدلاله
 على قوله لانه يطالب به بتسليم حقه بقوله لان الديون تقضى بأمثالها اذ كون قضاء الديون بأمثالها
 لا باعتبارها لا يدل على أن الشريك يطالب المدينون بتسليم حقه نفسه لان المثل مال المدينون فلم يكن حق
 الشريك بل كان حق المدينون فقضاء الدين بالمثل لا يكون تسليم حق الشريك بل يكون تسليم حق
 المدينون وهذا مما لا يستره وأما ثانيا فلا أن ما توهمه في نظره السابق من لزوم كون الانسان مأمورا
 بالتصرف في ماله بالدفع الى من لا يجب له عليه ذلك أولى بالورود على تقدير نفسه بدون ملاحظة ما ذكرنا
 في سقوطه لانه قال وحقه من حيث القضاء ليس بمشترك بينهما لان الديون تقضى بأمثالها والمثل مال
 المدينون ليس بمشترك بينهما والقضاء انما يقع بالمقاصة انتهى وهذا أحق بما توهمه كما ترى والمدفع
 ما أوضحناه من قبل (قوله قوله له أن يأخذ) أي قول المصنف في هذه المسئلة كذا هو لولا ما مان على
 مامر وقد تعسف فيه الشارح العيني حيث قال والضمير في قوله يرجع الى القائل المهودي في الذهن
 أي قول القائل نصره لقولهما كذا انتهى ولا يخفى ما فيه وأما سائر الشراح فلم يتعرض أحد منهم
 لتوجيه افراد ضمير قوله ههنا (قوله قلنا ليس من ضرورته أن يجبر المودع على الدفع الخ) جواب
 عن قول الاماميين له أن يأخذه تقر به ان جواز الاخذ لا يستلزم أن يجبر المودع على الدفع اذ الجبر ليس
 من ضرورات الجواز أي من لوازمه لانفكا عنه كما إذا كانت له ألف درهم وديعة عند انسان وعليه
 ألف لغيره فلغيره أي لغير مودع بالكسر ان يأخذه إذا ظفر به وليس للمودع أن يدفع اليه كذا في
 العناية وغيرها (أقول) هنا اشكال وهو ان هذا الجواب لا يتمشى على رواية الجامع الصغير فان
 جواب المسئلة فيها فليس للحاضر ان يأخذ نصيبه عنده وهذا دل على عدم جواز أخذ أحد الشريرين
 نصيبه من المودع في غيبة الآخر عند أبي حنيفة رحمه الله والجواب المذكور في الكتاب مشعر
 بجواز أخذ أحد الشريرين نصيبه من المودع في غيبة الآخر عند أبي حنيفة أيضا وان لم يجبر
 المودع على دفع ذلك اليه عنده بجواز أخذ غير مودع بالكسر ما أودعه عند انسان إذا ظفر به من
 المودع بالفتح وان لم يكن للمودع أن يدفعه اليه اذ لو لم يكن المراد بالجواب المزبور تجوز أخذ الشريرين

(وإذا قال صاحب الوديعة للمودع لا تسلمها لي زوجتك فسلمها اليها لا يضمن) معناه إذا لم يكن له من التسليم اليها بد علم ذلك من رواية الجامع الصغير حيث قال (إذا نهى أن يدفعها إلى أحد من عياله فدفعها إلى من لا بد له منه لا يضمن) كما إذا كانت الوديعة دابة فنهى عن الدفع إلى غلامه أو كانت شاة يحفظ على أيدي النساء فنهى عن الدفع إلى امرأته (وهو محمل الأول) والأصل فيه أن الشرط إذا كان مفيداً والعمل به ممكن أو واجب مراعاة والمخالفة فيه توجب الضمان وإذا لم يكن مفيداً أو كان ولم يمكن العمل به كما فيما نحن فيه بلغو وعلى هذا إذا نهى عن الدفع إلى امرأته وله امرأة أخرى أمينة أو عن الحفظ في الدار وله أخرى فخالف فهلك ضمن وإذا نهى عن الحفظ في بيت من دار حفظ في غيره وليس في الذي نهى عنه عورة ظاهرة أو نهى عن الدفع إلى امرأته وليس له سواها أرعن الحفظ في دار ليس له غيرها فخالف لم يضمن لأن الأول غير مفيد والثاني غير مقدور العمل به (٩٧) قال (ومن أودع رجلاً وديعة الخ)

إذا أودع المودع الوديعة ضمن دون الثاني عند أبي حنيفة وبخيرب المال في تضمن أيهما شاء عندهما لأنه قبض من ضمنين لأن المالك لم يرض بغيره فكان الأول متعدياً بالتسليم إلى الثاني والثاني قد قبض منه والقبض من الضمين ضممين كما أودع القاص غير أنه ان ضمن الأول لم يرجع على الثاني لأنه ملكه بالضمان فظهر أنه أودع ملك نفسه وإن ضمن الثاني يرجع على الأول لأنه عامل له فيرجع عليه بما لحقه من العهدة ولا يـ حنيفة أنه قبض المال من يد أمين لأنه بالدفع لا يضمن ما لم يفارقه لوجود ما هو المقصود من حفظ بحضرة رأيه وتدبيره لا من حفظ بصورة يده ولهذا أودع إلى من يحفظه بحضرة كعباله فهلك عنده لم يضمن بالاتفاق فإذا لم يكن بالدفع

قال (وإذا قال صاحب الوديعة للمودع لا تسلمها لي زوجتك فسلمها اليها لا يضمن وفي الجامع الصغير إذا نهى أن يدفعها إلى أحد من عياله فدفعها إلى من لا بد له منه لا يضمن) كما إذا كانت الوديعة دابة فنهى عن الدفع إلى غلامه أو كانت شاة يحفظ على أيدي النساء فنهى عن الدفع إلى امرأته وهو محمل الأول لأنه لا يمكن إقامة العمل مع مراعاة هذا الشرط وإن كان مفيداً فبلغو (وإن كان له منه بد ضمن) لأن الشرط مفيد لأن من العيال من لا يؤتمن على المال وقد أمكن العمل به مع مراعاة هذا الشرط فاعتبر (وإن قال أحفظها في هذا البيت فحفظها في بيت آخر من الدار لم يضمن) لأن الشرط غير مفيد فإن البيتين في دار واحدة لا يتفاوتان في الحرز (وإن حفظها في دار أخرى ضمن) لأن الدارين يتفاوتان في الحرز فكان مفيداً فيصح التقييد ولو كان التفاوت بين البيتين ظاهراً بان كانت الدار التي فيها البيتان عظيمة والبيت الذي نهى عن الحفظ فيه عورة ظاهرة صح الشرط قال (ومن أودع رجلاً وديعة فأودعها آخر فهلكت فله أن يضمن الأول وليس له أن يضمن الثاني وهذا عند أبي حنيفة وقاله أن يضمن أيهما شاء فإن ضمن الآخر رجوع على الأول) لهما أنه قبض المال من يد ضمنين فيضمنه كودع القاص وهذا لأن المالك لم يرض بأمانة غيره فيكون الأول متعدياً بالتسليم والثاني بالقبض فيخير بينهما غير أنه إن ضمن الأول لم يرجع على الثاني لأنه ملكه بالضمان فظهر أنه أودع ملك نفسه وإن ضمن الثاني يرجع على الأول لأنه عامل له فيرجع عليه بما لحقه من العهدة وله أنه قبض المال من يد أمين لأنه بالدفع لا يضمن ما لم يفارقه لحضور رأيه فلا تعدى منهما فإذا فارقته فقد ترك الحفظ الملتزم فيضمنه بذلك وأما الثاني فستمر على الحالة الأولى ولم يوجد منه صنع فلا يضمنه كالرجح إذا ألفت في حجره ثوب غيره

الحاضر نصيبه من المودع بدون أن يجبر المودع على دفع ذلك إليه عند أبي حنيفة لما احتج في الجواب من قبله عن قولهما ولهذا كان له أن يأخذه إلى التثبت بحديث أن ليس من ضرورات جواز الأخذ أن يجبر المودع على الدفع بل لما أفاد ذلك الحديث المقصود بل كان الواجب في الجواب من قبله عن قولهما المذكور منع جواز الأخذ أيضاً فالجواب المزبور أيضاً انما يتمشى على ما ذكر في مختصر القدوري وهو المسمى عند الفقهاء برواية كتاب الدعوى كما سمعت فيما مر وأعلم أن صاحب غاية البيان قال في شرح قولهما ولهذا كان له أن يأخذه فكذلك هو يؤمر بالدفع إليه ولو كان المال في أيدي الشريكين كان لواحد منهما أن يأخذ نصيبه بغير رضا الآخر فكذلك أنه لا يأخذ نصيبه من المودع

(١٣ - تكمله سابع)

ضامنالم يكن قبض الثاني من ضمن فلم يوجد تعد منهما فإذا فارقته فقد ترك الحفظ الملتزم فيه ضمنه وأما الثاني فستمر على الحالة الأولى وهو القبض من أمين إذا لم يوجد منه بعد ذلك صنع فلا يضمنه كالرجح إذا ألفت في حجره ثوب غيره

قال المصنف (ومن أودع رجلاً وديعة فأودعها آخر الخ) أقول في أوائل كتاب الصلح من المسبوط المودع إذا وقع الحسرى في بيته فتناول الوديعة جازاله كان ضامناً في القياس انتهى لأن المودع أمره بأن يحفظه بنفسه نصاً وإن لا يدفع إلى أجنبي ثم قال في المسبوط وفي الاختسان لا يكون ضامناً لأن الدفع إلى الغير في هذه الحالة من الحفظ انتهى والمسئلة مذكورة في كتاب الهداية في أوائل الوديعة

قال (ومن كان في يده ألف فادعها رجلان كل واحد منهما ما ناله أو دعها إياه وأبى أن يحلف لهما فالألف بينهما وعليه ألف أخرى بينهما) وشرح ذلك أن دعوى كل واحد صحيحة لاحتمالها الصدق فيستحق الحلف على المنكر بالحديث ويحلف لكل واحد منهما على الانفراد لتغاير الحقيقتين وبأيهما بدأ القاضي جاز لتعذر الجمع بينهما وعدم الأولوية ولو تشاحا أقرع بينهما تطييبا لقلوبهما ونفيًا للثمة المبطل ثم إن حلف لأحدهما يحلف للثاني فإن حلف فلا شيء لهما لعدم الحجة وأن نكل أعنى للثاني يقضى له لوجود الحجة وأن نكل للأول يحلف للثاني ولا يقضى بالنكول بخلاف ما إذا أقر لأحدهما لأن الإقرار حجة موجبة بنفسه فيقضى به

وقال في شرح الجواب عنه والجواب عن قولهما لو كان في أيديهما ما كان لأحدهما أن يأخذ نصيبه نقول لا يلزم من ذلك أن يأخذ نصيبه من المودع ألا ترى أن الغريم إذا أخذ من مال غريمه جنس حقه جاز ولا يجبر على الرد ولا يجوز أن يأخذ حقه من مودع الغريم وهذا معنى قوله كما إذا كان له ألف درهم وديعة عند إنسان وعليه ألف لغيره فلغريمه أن يأخذها إذا ظفر به وليس للمودع أن يدفعه إليه إلى هنا كلام ذلك الشارح (أقول) فعلى هذا الاستخراج يقتضي هذا الجواب على كلتا الروايتين ولكن لا يخفى على من له دربة بأساليب الكلام أن تقرير المصنف لا يساعد ذلك جدًا تبصر (قوله وشرح ذلك أن دعوى كل واحد صحيحة) أي على سبيل الانفراد دون الاجتماع لاستحالة أن يكون ألف الواحد مودعًا عند اثنين بكافة كذا في الكفاية وشرح تاج الشريعة وهو الحق عندي في معنى المقام فيتم التعليل حينئذ بقوله لاحتمالها الصدق بلا كافة أصلاً وأما بعض الفضلاء فقد قصد توجيه المقام بالحل على صحة دعواهما على سبيل الاجتماع حيث قال في بيانه بأن يودعه أحدهما فيشترى المودع به سلعة من الآخر ويسلمه إليه من ثمنه فيقبضه ثم يودعه أيضاً انتهى (أقول) ليس هذا بشيء لأن ما ذكر في أصل المسئلة من قوله فادعها رجلان كل واحد منهما ما ناله أو دعها إياه يدل على أن كل واحد منهما ادعى أنها ملكة له في الحال أو دعها إياه ولا شك أن العين الواحدة لا يتصور أن يكون ملكاً لاثنتين بكافة في حالة واحدة ولأن يكون مودعاً من اثنين بكافة في حالة واحدة وفي الصورة التي ذكرها ذلك القائل قد زال أي داع أحدهما للألف من هي في يده وزال ملكه عنها أيضاً باشترائه بسلعة من الآخر وتسليمها إليه فكيف يحتمل أن يصدقاً معاً في دعواهما المزبورة (قوله ويحلف لكل واحد منهما على الانفراد لتغاير الحقيقتين) قال جماعة من الشراح في تعليل تغاير الحقيقتين لأن كل واحد منهما يدعى ألفاً (أقول) يرد عليه أن كل واحد منهما ادعى ألفاً معية أو هو ما في يد المدعى عليه كما صرح به في وضع المسئلة والنقد وتعين في الودائع على ما تقر في موضعه ونص عليه الزبلي في شرح هذه المسئلة في التبيين فمن أين يدل هذا على تغاير الحقيقتين ثم إن بعض الفضلاء بين مغايرة الحقيقتين بنهج آخر حيث قال والظاهر أن تغاير الحق لتغاير المستحق فلكل منهما حق في عيئته على ما مر في الدعوى من قوله عليه الصلاة والسلام لا عيئة انتهى (أقول) ليس هذا بقيد ههنا لأن ما يقضى به أن يكون لكل منهما حق في عيئته إنما هو عدم الاكتفاء لتخليفه لأحدهما فقط وهذا لا يستلزم تخليفه لكل واحد منهما على الانفراد كما هو المطلب ههنا بل يحصل بتخليفه لهما معاً وانما الذي يقتضي تخليفه لكل واحد منهما على الانفراد أمر وراه أن يكون لكل واحد منهما ما حق في عيئته ألا ترى أنهم لو ادعى من أحدهما شيئاً واحداً مشتركاً بينهما على سبيل الشيوع كان لكل واحد منهما حق في عيئته فقطعاً مع أنه لا يجب هناك تخليفه لكل واحد منهما على الانفراد ولا يظهر في تعليله أن يحلف ههنا لكل واحد منهما على الانفراد ما ذكره صاحب الكافي حيث قال وانما يحلف لكل واحد منهما بانفراده لأن كل واحد منهما ادعاه بانفراده

(وإذا كان في يد رجل ألف فدعى رجلان كل واحد منهما ما ناله أو دعها الخ) ظاهر سوى ألفاظ نذكرها قوله لتغاير الحقيقتين لأن كل واحد منهما يدعى ألفاً قوله وأن نكل أعنى الثاني أي بعد ما حلف الأول قوله ولا يقضى بالنكول يعنى الأول لأن الثاني رجمية قول انما نكل لك لأنك بدأت بالاستخلاف فلا تنقطع الخصومة بينهما

قال المصنف (ان دعوى كل واحد منهما صحيحة لاحتمالها الصدق) أقول بان يودعه أحدهما فاشترى المودع به سلعة من الآخر ويسلمه إليه من ثمنه فيقبضه ثم يودعه أيضاً (قوله لتغاير الحقيقتين لأن كل واحد منهما يدعى ألفاً) أقول لا بل يدعى ألف المعين الآن يراد باعتبار المال والظاهر أن تغاير الحق لتغاير المستحق فلكل منهما حق في عيئته على ما مر في الدعوى من قوله عليه الصلاة والسلام لا عيئة

(قوله فيكشف وجه القضاء) بأن يقضى بالالف الاول أو الثاني أو لهما جميعا لأنه لو لم يكن الثاني فلا شيء وهو الف كله الاول (ولو نكل
لثاني أيضا كان الف بينهما) فلذلك يتوقف عن القضاء حتى يظهر وجهه (قوله لأنه) أي لان المودع المنكر (أوجب الحق لكل واحد منهما
ببذله) عند أي حنفية (وبإقراره) عندهما (ولو قضى الاول حين نكل قال الامام علي البرزوي في شرح الجامع الصغير أنه يحلف الثاني وإذا
نكل يقضى بينهما لأن القضاء الاول لا يبطل حق الثاني لان القاضي قد علم ما يختاره أو بالفرعة وكل ذلك لا يبطل حق الثاني) ولم يذكر
أنه اذا حلف الثاني ماذا حكمه وقال أخوه في شرح الجامع الصغير فان حلف يقضى بشكوله الاول وقوله (لكونه اقرارا) أي لكون النكول
اقرارا (لدلالة) وقوله (ما هذا العبدل) يعني لا يقتصر على لفظ العبدل يضم اليه ولا قيمته لأنه لما أقر به الاول وثبت به حق الاول لا يفيد
اقراره للقاضي لأنه لا يمكن دفعه الى الثاني بعد ذلك وقوله (سأه) أي قال المصنف يحلفه (٩٩) عند محمد بن سنان على أن المودع اذا أقر

بالوديعة ودفع بالقضاء الى
غيره يضمها عند محمد
خلاف لابن يوسف) كما اذا
أقر بالوديعة لانسان ثم
قال أخطأت بل هي لهذا
كان عليه أن يدفعها الى
الاول لان اقراره بها صحيح
ورجوعه به بعد ذلك باطل
ويضم من لا آخر قيمتها
لاقراره انها لثاني وأنه صار
مستلها على الثاني لاقراره
بها الاول فيكون ضامنا له
قيمتها وهذا اذا دفعها الى
الاول بغير قضاء فان دفعها
بقضاء فكذلك في قول محمد
خلاف لابن يوسف لان مجرد
اقراره لم يقوت على أحد
شيئا وانما القوت بالدفع الى
الاول وقد كان ذلك بقضاء
فلا يضمن ولمحمد أنه سلب
القاضي على القضاء بها
للاول لاقراره وقد أقر أنه
مودع لثاني والمودع اذا
سلب على الوديعة غيره صار
ضامنا للسئلة تغريعات

أما النكول انما يصير حجة عند القضاء فجاز ان يؤخره ليحلف الثاني فيكشف وجه القضاء ولو نكل
لثاني أيضا يقضى بما بينهما نصفين على ما ذكر في الكتاب لاستوائهما في الحجة كما اذا أقام البينة وبغير ألف
أخرى بينهما لأنه أوجب الحق لكل واحد منهما ببذله أو بإقراره وذلك حجة في حقه وبالصرف اليهما
صار قاضيا نصف حق كل واحد بنصف حق الآخر فيغرمه الموقضى الثاني الاول حين نكل ذكر الامام
علي البرزوي في شرح الجامع الصغير أنه يحلف الثاني وإذا نكل يقضى بما بينهما لان القضاء الاول لا يبطل
حق الثاني لأنه قد علم ما يختاره أو بالفرعة وكل ذلك لا يبطل حق الثاني وذكر المصنف أنه ينفذ قضاؤه
للاول ووضع المسئلة في العبد وانما نفذ لصادقه على الاجتهاد لان من العلماء من قال يقضى الاول ولا
ينتظر لكونه اقرارا لدلالة ثم لا يحلف الثاني ما هذا العبدل لان نكوله لا يفيد بعد ما صار الاول وهل يحلفه
بالقضاء هذا اعلم عند هذا العبد ولا قيمته وهو كذا وكذا ولا أقل منه قال ينبغي أن يحلفه عند محمد
رحمته الله خلافه لا يوجب ساء على أن المودع اذا أقر بالوديعة ودفع بالقضاء الى غيره يضمه عند محمد
خلافه وهذه مفرقة تلك المسئلة وقد وقع فيه بعض الاطباء والله أعلم

كتاب العارية

قال (العارية جارة) لانها نوع احسان وقد استعار النبي عليه الصلاة والسلام دروعا من صفوان
انتهى تدبر (قوله) أما النكول انما يصير حجة عند القضاء فجاز ان يؤخره ليحلف الثاني فيكشف
وجه القضاء) قال صاحب العنابة في بيان وجه القضاء بأن يقضى بالالف الاول أو الثاني أو لهما
جميعا لأنه لو حلف الثاني فلا شيء له والالف كله الاول ولو نكل لثاني أيضا كان الف بينهما انتهى
(أقول) لا صحة لقوله ولثاني ادلا احتمال للقضاء بالالف الثاني بعد نكول ذي اليد الاول والكلام فيه
فالمحتمل هنا وجهان لا غير والمجب أن قال في التعليل لأنه لو حلف الثاني فلا شيء له والالف كله الاول
ولو نكل لثاني أيضا كان الف بينهما وهذا قطعي في أن المحتمل هنا وجهان لا غير وكان منشأ زلته هو أن
سائر الشراح قالوا في بيان وجه القضاء بأن يقضى بالالف له ما أولا أحدهما فتوهّم المشرح المزبور
أن قولهم أولا أحدهما أي الاول والثاني فوقع فيما توقع مع أن مرادهم به أحدهما بعينه وهو الاول

كتاب العارية

قد مر وجه مناسبة هذا الكتاب لما قبله في أول الوديعة ثم انه قد وقع الاختلاف في تفسير العارية

ذ كرت في المطولات والله سبحانه وتعالى أعلم

كتاب العارية

فلذا كراجه مناسبة هذا الكتاب لما قبله ومن محاسن ما دفع حاجة المحتاج قبل هي مشتقة من التعاور وهو التناوب فكأنه جعل للغير
قوة في الانتفاع بملكه الى أن تعود النوبة اليه بالاسترداد متى شاء واختلاف في تعريفها اصطلاحا

(قوله يقضى بالالف الاول أو الثاني) أقول في قوله أول الثاني بحث (قوله لا يفيد اقراره به) أقول فيلغوز ذكر العبد قال المصنف (قال ينبغي أن
يحلفه عند محمد الى قوله بناء على أن المودع) أقول قوله قال جواب هل في قوله وهل يحلفه بالله وقوله بناء فقول له لقوله قال أو حال من فاعله

كتاب العارية

فقال عامة العلماء (هي غلبتك المنافع بغير عوض وكان الكرخي يقول هي اباحة الانتفاع بملك الغير) قبل وهو قول الشافعي قال (لأنها تنعقد بلفظ الاباحة ولا يشترط فيها ضرب المدة والنهي يعمل فيه ولا يملك الاجارة من غيره) وكل من ذلك يدل على أنها اباحة أما الاول فلان التملك لا ينعقد بلفظ الاباحة وأما الثاني فلان التملك يقتضي أن تكون المنافع مملوكة لان تملك المجهول لا يصح ولا يعلم الا بضرب المدة وهو ليس بشرط فكان تملك المجهول وأما الثالث فلان المعبر بملك النهي عن الاستعمال ولو كان تملك المالك كالايجر لا يملك النهي المستاجر عن الانتفاع وأما الرابع فلان المستاجر يجوز أن يؤجر المستاجر لملكه المنافع فلو كانت الاعارة تملكك لجازله ذلك كافي الاجارة والهبة (وقال عامة العلماء أنها تنبئ عن التملك فان العارية من العربية وهي العطية) وهي إنما تكون تملك (ولهذا تنعقد بلفظ التملك) مثل أن يقول ملكتك منفعة داوى هذه شهرا وما ينعقد بلفظ التملك فهو تملك فان قيل المنافع أعراض لا تنقبض التملك أوجب بقوله (والمنافع قابلة للآل كالاعيان) (١٠٠) وبقي على ذلك قوله (والتملك نوعان بعوض وبغير عوض) وذلك ظاهر لا نزاع فيه (ثم الاعيان

(وهي تملك المنافع بغير عوض) وكان الكرخي رحمه الله يقول هو اباحة الانتفاع بملك الغير لأنها تنعقد بلفظة الاباحة ولا يشترط فيها ضرب المدة ومع الجوهرة لا يصح التملك ولذلك يعمل فيه النهي ولا يملك الاجارة من غيره ونحن نقول انه ينبئ عن التملك فان العارية من العربية وهي العطية ولهذا تنعقد بلفظ التملك والمنافع قابلة للآل كالاعيان والتملك نوعان بعوض وبغير عوض ثم الاعيان تقبل النوعين فكذلك المنافع والجامع دفع الحاجة ولفظة الاباحة استعبرت للتملك كافي الاجارة فانها تنعقد بلفظة الاباحة وهي تملك

لغة وشريعة أما لغة فقد قال الجوهري في الصحاح العارية بالتشديد كأنهم منسوبون الى العار لان طلبها عار وعيب والعارية مثل العارية انتهى وقال المطرزي في المغرب العارية أصلها عورية فعلية منسوبة الى العارة اسم من الاعارة كالعارية من الاغارة وأخذها من العار العيب والعارى خطأ انتهى وفي بعض الشروح ما ذكره في المغرب هو العول عليه لان النبي صلى الله عليه وسلم باشر الاستعارة فلو كان في طلبها عار لما باشرها وفي القاموس والمغرب وقد تخفف العارية وفي المبسوط قبل هي مشتقة من التعاور وهو التناوب فكأنه يجعل للغير نوبة في الانتفاع بملكه على أن تعود النوبة اليه بالاسترداد متى شاء ولهذا كانت الاعارة في المكبل والموزون فرضا لانه لا ينتفع بها الا باسئلاك العين فلا تعود النوبة اليه في تلك العين لتكون عارية حقيقة وإنما تعود النوبة اليه في مثلها وأما شريعة فقال عامة العلماء هي عبارة عن تملك المنافع بغير عوض وقال الكرخي والشافعي هي عبارة عن اباحة الانتفاع بملك الغير وسيأتي دليل الطرفين في الكتاب (قوله ونحن نقول انه ينبئ عن التملك فان العارية من العربية وهي العطية ولهذا تنعقد بلفظ التملك الخ) أقول فيه بحث من وجهين أحدهما أن الخصم أن يمنع كون العارية من العربية التي هي العطية ويقول بل هي من العار كاذ كفي الصحاح أو من العارة كاذ كفي المغرب أو من التعاور كاذ كفي المبسوط وعلى هذه الوجوه المروية عن ثقات الأئمة لا يثبت انباء لفظ العارية عن التملك وثانيهما أن الخصم أن يقول انعقاد العارية بلفظ التملك لا يدل على

تقبل النوعين فكذلك المنافع والجامع دفع الحاجة) وفيه بحث من أوجه الاول أنه استدلال في التعريفات وهي لا تقبله لان المعرف اذا عرف شيئا بالجامع والمانع فان سلم من النقض فذلك وان انتقض بكونه غير جامع أو مانع يجاب عن النقض ان أمكن وأما الاستدلال فانما يكون في التصديقات والثاني أنه قياس في الموضوعات وهو غير صحيح لان من شروط القياس تعدية الحكم الشرعي الثابت بالنص بعينه الى فرع هو نظيره ولا نص فيه والموضوعات ليست بحكم شرعي وموضعه أصول الفقه والثالث أن من شرط القياس أن يكون الحكم الشرعي متعديا الى فرع هو نظيره والمنافع ليست نظير الاعيان ويمكن

أن يجاب عنها بأن هذا التعريف اما لفظي أو رسمي فان كان الاول فاذ كفي بيانه يجعل لبيان المناسبة كونه لا استدلالا على ذلك وان كان الثاني جعل بيان الخواص يعرف بها العارية ولو جعلنا المذكور في الكتاب حكم العارية وعرفناها بأنها عقد على المنافع بغير عوض كان سائلا من الشكوك وليس في كلام المصنف ما ينافيه ظاهره فالجمل عليه أولى (قوله ولفظة الاباحة) جواب عن قول الكرخي أنها تنعقد بلفظ الاباحة ووجهه أن ذلك مجاز كما أن الاجارة تنعقد بلفظ الاباحة ولا نزاع في كونها تملك

قال المصنف (وهي تملك المنافع الى قوله يقول هو اباحة الانتفاع) أقول كان المناسب أن يقول في الاول هو لتد كبر الخبر وهما هي (قوله ويمكن أن يجاب عنها بأن هذا التعريف اما لفظي أو رسمي فان كان الاول فاذ كفي بيانه يجعل لبيان المناسبة لا استدلالا) أقول ولا يخفى أن التعريف اللفظي يقبل الاستدلال لكونه تصديقا لا تصوريا (قوله ولو جعلنا المذكور في الكتاب حكم العارية وعرفناها بأنها عقد الخ) أقول أنت تعلم أن حكم الشيء لا يحمل عليه بل هو طاهر قوله كان سائلا من الشكوك) أقول أما من الاول فسلم وأما من الاخيرين فلا

كأنها معنى التملك دون الإباحة لجواز أن يكون لفظ التملك هنالك مستعار المعنى الإباحة لعلاقة لزوم الإباحة للتملك كما قلتم في الجواب عن انعتابها بلفظة الإباحة أن لفظة الإباحة استعيرت للتملك على ما سأتى في الكتاب وقال صاحب العناية فيه بحث من أوجه الأول أنه استدلال في التعريفات وهي لا تقبله لأن المعرفة إذا عرفت شيئاً بالجامع والمنافع فإن سلم من النقض فذلك وإن انتقض بكونه غير جامع أو مانع يجاب عن النقض أن أمكن وأما الاستدلال فأنما يكون في التصديقات والثاني أنه قياس في الموضوعات وهو غير صحيح لأن من شروط القياس تعدية الحكم الشرعي الثابت بالنص بعينه إلى فرع هو نظيره ولا نص فيه والموضوعات ليست بحكم شرعي وموضعه أصول الفقه والثالث أن من شرط القياس أن يكون الحكم الشرعي متعدياً إلى فرع هو نظيره والمنافع ليست تطهير الأعيان إلى هنا كلامه (أقول) كل واحد من أوجه بحثه ساقط أما الأول فلأن ما ذكر ليس باستدلال على نفس التعريف الذي هو من قبيل التصورات بل على الحكم الضمني الذي يقصده المعرف كأن يقال هذا التعريف هو الصحيح أو هو الحق ولا شك أن مثل هذا الحكم من قبيل التصديقات التي يجري فيها الاستدلال وقد صرحوا في موضعه بأن الاعتراضات الموردة في التعريفات من المنع والنقض والمعارضة إنما وردت على الأحكام الضمنية بأن هذا التعريف صحيح جامع مانع لا على نفس التعريفات التي هي من التصورات ولا ريب أن أمر الاستدلال هنا أيضاً كذلك وأما الثاني فلأن المصنف لم يقصد اثبات كون لفظ العارية موضوعاً في عرف الشرع لتمليك المنافع بغير عوض بالقياس حتى يرد عليه أنه قياس في الموضوعات بل أراد اثبات قبول المنافع لنوع التملك بالقياس على قبول الأعيان لهما وقصد اثبات هذا دفع توهم الخصم أن المنافع أعراض لا تنقبض التملك كما صرح به الشارح المذکور ولا يخفى أن قبول الأعيان لنوع التملك حكم شرعي ثابت بالنص الدال على جواز البيع والهبة فيصح تعديته إلى قبول المنافع لهما أيضاً وأما الثالث فلأنه إن أراد بقوله والمنافع ليست تطهير الأعيان إنما ليست نظيره من كل الوجوه فهو مسلم ولكن لا يجدي نفعا إذ لا يشترط في صحة القياس اشتراك الفرع مع الأصل في جميع الجهات بل يكفي اشتراكهما في علة الحكم على ما عرفت في أصول الفقه وإن أراد أنهما ليست تطهيراً في علة الحكم فهو ممنوع فإن علة الحكم الذي هو القبول لنوع التملك فيما نحن فيه إنما هي دفع الحاجة وهما أي الأعيان والمنافع مشتركة في هذه العلة كما يفصح عنه قول المصنف والجامع دفع الحاجة ثم قال ويمكن أن يجاب عنها بأن هذا التعريف اما لفظي أو رسمي فإن كان الأول فماذا كفي بيانه يجعل لبيان المناسبة لاستدلالاً على ذلك وإن كان الثاني جعل بياناً لخواص يعرف بها العارية انتهى (أقول) وفيه بحث من أوجه الأول أن هذا التعريف إن كان لفظياً كان قابلاً للاستدلال عليه إذ قد تقررت محله أن ما ل التعريف اللفظي إلى التصديق والحكم بأن هذا اللفظ بأزاء ذلك المعنى فلذلك كان قابلاً للنقض بخلاف التعريف الحقيقي إذ لا حكم فيه بل هو تصور ونقش فلا معنى لقوله فإن كان الأول فماذا كفي بيانه يجعل لبيان المناسبة لاستدلالاً على ذلك والثاني أنه قد تقررت موضعه أيضاً أن التعريف الرسمي الذي بالخواص إنما يكون بالخواص اللازمة للبيئة ولا شك أن الوازم البيئة لا يحتاج إلى البيان فلا وجه لقوله وإن كان الثاني جعل بياناً لخواص يعرف بها العارية والثالث أن الظاهر أن ضمير عنها في قوله ويمكن أن يجاب عنها راجع إلى وجه بحثه مع أن ما ذكره في الجواب على تقريره إنما يكون جواباً عن الوجه الأول من تلك الأوجه دون غيره كما لا يخفى على القطن ثم قال ولوجعلنا المذکور في الكتاب حكماً عارية وعرفناها بأنها عقد على المنافع بغير عوض كان سالماً من الشكولة وليس في كلام المصنف ما ينافيه ظاهراً فالجمل عليه أولى انتهى (أقول) فيه نظر أما أولاً فلأنه لو جعل ما ذكر في الكتاب حكماً عارية لبقى

(قوله والجهالة) جواب عن قوله ومع الجهالة لا يصح التملك ووجهه أن الجهالة المفضية إلى النزاع هي المانعة وهذه ليست كذلك لعدم الزوم ووجه آخر أن الملك في العارية ينبت بالقبض وهو الانتفاع وعند ذلك لا جهالة وقوله (والنهي منع عن التصديق) جواب عن قوله وكذلك يعمل النهي فيه ووجهه أن عمل النهي ليس باعتبار أنه ليس في العارية تملك بل من حيث أنه بالنهي يمنع المستعير عن تحصيل المنافع التي لم يملكها بعدوله ذلك (١٠٣) لكونها عقدا غير لازم فكان له الرجوع على ملك المستعير أي وقت شاء كأي الهبة وقوله

والجهالة لا تنقض إلى المنازعة لعدم الزوم فلا تكون ضائرة ولأن الملك ينبت بالقبض وهو الانتفاع وعند ذلك لا جهالة والنهي منع عن التصديق فلا يتحصل المنافع على ملكه ولا يملك الاجارة لدفع زيادة الضرر على ما نذر أن شاء الله تعالى قال (وتصح بقوله أعرتك) لأنه صريح فيه (وأطعمتك هذه الأرض) لأنه مستعمل فيه

البحث الثالث قطعاً فلم يتم قوله كان سالماً من الشكوك وأما ثانياً فلأن قول المصنف هي تملك المنافع بغير عوض يحمل التملك عليه بالمواطأة يشاقق ظاهره كون المذكور في الكتاب حكم العارية إذ حكم الشيء لا يحمل عليه المواطأة فلم يتم قوله وليس في كلام المصنف ما ينافيه ظاهره وأما ثالثاً فلأن توجيهه هذا ينافي ما ذكره في أول كتاب العارية بطريق الجزم حيث قال واختلف في تعريفها اصطلاحاً فقال عامة العلماء هي تملك المنافع بغير عوض وكان الكرخي يقول هي اباحة الانتفاع بملك الغير وهو قول الشافعي انتهى فان توجيهه هذا يقتضي أن يكون الاختلاف المذكور في حكمها لا في تعريفها وقال بعض الفضلاء على قوله كان سالماً من الشكوك أماً من الأول فسلم وأما من الأخير فن فلا انتهى (أقول) سلامته من الثاني أيضاً ظاهر إذ على تقدير أن يكون ما ذكر في الكتاب حكم العارية دون معناه شرعاً لم يتصور وضع منه وبين لفظ العارية حتى يتجه على دليله المذكور أنه قياس في الموضوعات وهو غير صحيح (قوله) والجهالة لا تنقض إلى المنازعة لعدم الزوم فلا تكون ضائرة) جواب عن قول الكرخي ومع الجهالة لا يصح التملك ووجهه أن الجهالة المفضية إلى النزاع هي المانعة وهذه ليست كذلك لعدم الزوم فلا تكون ضائرة كذا في الشروح قال صاحب الكافي في تقريره هذا المحل وانما صححت العارية مع جهالة المدة وان لم يصح التملك مع جهالة المدة لأن هذه الجهالة لا تنقض إلى المنازعة لأن العيان يفسخ العقد في كل ساعة لكونهم غير لازمة والجهالة التي لا تنقض إلى المنازعة لا تنجم من العقد انتهى كلامه (أقول) فيه نوع خلل لأن قوله وانما صححت العارية مع جهالة المدة وان لم يصح التملك مع جهالة المدة يشعر بأن عامة العلماء قالوا بوجه العارية مع جهالة المدة وان اعترفوا بعدم صحة التملك أصلاً مع جهالة المدة فيلزم أن لا يتم هذا الكلام جواباً عن قول الخصم ومع الجهالة لا يصح التملك لأن مقصوده الاستدلال على أن العارية هي الاباحة دون التملك لا على أنها غير صحيحة مع الجهالة قالوا في العبارة أن يقول وانما صححت العارية مع جهالة المدة وان كانت هي التملك لأن هذه الجهالة لا تنقض إلى المنازعة الخ تأمل (قوله) وتصح بقوله أعرتك لأنه صريح فيه وأطعمتك هذه الأرض لأنه مستعمل فيه) قال صاحب العناية في تفسير قوله صريح فيه أي حقيقة في عقد العارية وفي تفسير قوله مستعمل فيه أي مجاز فيه ثم قال وفي عبارته نظراً لأنه إذا أراد بقوله مستعمل أنه مجاز فهو صريح لأنه مجاز متعارف والمجاز المتعارف صريح كما عرف في الأصول فلا فرق إذا بين العبارتين والجواب كلاهما صريح لكن أحدهما حقيقة والآخر مجاز فإشارتي إلى الثاني بقوله مستعمل أي مجاز ليعلم أن الآخر حقيقة إلى هنا كلامه ورد عليه بعض الفضلاء بأن قال فيه تأمل فان تخصيص الأولي بكونها صريحة بوجههم أن الثانية ليست كذلك فلا تخصم مادة الاشكال

(ولا يملك الاجارة) جواب عن قوله ولا يملك الاجارة من غيره وذلك لدفع زيادة الضرر على ما سيجي وهذا ما يتعلق بتقسيمها أو حكمها أو شرطها قابلية العين للانتفاع بها مع بقائها وسببها ما مر من أن من التعاضد المحتاج إليه المدين بالطبع وهي عقد جائز لأنه نوع احسان وقد استعار النبي صلى الله عليه وسلم دروعاً من صفوان وانما قدم بيان الجواز على تفسيرها الشدة لتعلق الفقه به قال (وتصح بقوله أعرتك الخ) هذا بيان الالفاظ التي تنهـ قد بها العارية وتصح بقوله أعرتك لأنه صريح فيه أي حقيقة في عقد العارية وأطعمتك هذه الأرض لأنه مستعمل فيه قبل أي مجاز فيه وفي عبارته نظراً لأنه إذا أراد بقوله مستعمل أنه مجاز فهو صريح لأنه مجاز متعارف والمجاز المتعارف صريح كما عرف في الأصول فلا فرق إذا بين العبارتين والجواب كلاهما صريح لكن أحدهما حقيقة والآخر مجاز فإشارتي إلى الثاني بقوله مستعمل أي مجاز ليعلم أن الآخر حقيقة إلى هنا كلامه ورد عليه بعض الفضلاء بأن قال فيه تأمل فان تخصيص الأولي بكونها صريحة بوجههم أن الثانية ليست كذلك فلا تخصم مادة الاشكال

مادة

الثاني بقوله مستعمل أي مجاز ليعلم أن الآخر حقيقة

(قوله فكان له الرجوع على ملك المستعير) أقول فيه بحث (قوله فلا فرق إذا بين العبارتين) أقول أي أعرتك وأطعمتك (قوله والجواب كلاهما صريح لكن أحدهما حقيقة والآخر مجاز فإشارتي إلى الثاني بقوله مستعمل أي مجاز ليعلم أن الآخر حقيقة) أقول فيه تأمل فان تخصيص الأولي بكونها صريحة بوجههم أن الثانية ليست كذلك فلا تخصم مادة الاشكال

ومختك هذا الثوب أى أعطيتك المنفعة وهى النافعة أى أو الشاة يعطى الرجل الرجل يشرب من لبنها ثم يردّها إذا ذهب درهمان كثر حتى قيل فى كل من أعطى شيأ من وجعلك على هذه الدابة إذا لم يردبه أى بقوله هذا الهبة لأنها التملك العين عرفا وعند عدم إرادته الهبة يحمل على تملك المنافع تجوزا من حيث العرف العام وأخذتلك هذا العبد لأنه أذن له فى الاستخدام وهى العارية ودارى سكنى لأن معناه سكنها هاك وهى العارية ودارى لك عمرى سكنى لأنه جعل سكنها له مدة عمره وجعل قوله سكنى تفسير قوله لك لأنه منصوب على التيسير من قوله لك لأن قوله لك يحتمل تملك العين وملك المنفعة فإذا ميزه تعين فى المنفعة فحمل الكلام عليه أى على تملك المنافع بدلالة آخره حمل المحتمل على المحكم وللعبارة أن يرجع فى العارية متى شاء لقوله (١٠٣) صلى الله عليه وسلم المنفعة مردودة

والعارية مؤداة ورجسه الاستدلال ظاهر وفيه تميم بعد التخصيص لما عرفت أن المنفعة عارية خاصة وفيه زيادة مبالغة فى أن العارية مستحق الردولان المنافع تلك شيأ فشيأ على حسب حدودها فالتمليك فيما لم يتصل به القبض فيصح الرجوع عنه قال (والعارية أمانة إن هلكت من غير تعدل يضمن) وقال الشافعى يضمن لأنه قبض مال غيره لنفسه لا عن استحقاق فيضمنه والأذن ثبت ضرورة الانتفاع فلا يظهر فيما وراءه ولهذا كان واجب الرد وصار كالمقبوض على سوم الشراء

(ومختك هذا الثوب وجعلتلك على هذه الدابة إذا لم يردبه الهبة) لأنها التملك العين وعند عدم إرادته الهبة تحمل على تملك المنافع تجوزا قال (وأخذتلك هذا العبد) لأنه أذن له فى استخدامه (ودارى لك عمرى) لأن معناه سكنها هاك (ودارى لك عمرى سكنى) لأنه جعل سكنها له مدة عمره وجعل قوله سكنى تفسير قوله لك لأنه يحتمل تملك المنافع فحمل عليه بدلالة آخره قال (وللعبر أن يرجع فى العارية متى شاء) لقوله عليه الصلاة والسلام المنفعة مردودة والعارية مؤداة ولأن المنافع تلك شيأ فشيأ على حسب حدودها فالتمليك فيما لم يتصل به القبض فيصح الرجوع عنه قال (والعارية أمانة إن هلكت من غير تعدل يضمن) وقال الشافعى يضمن لأنه قبض مال غيره لنفسه لا عن استحقاق فيضمنه والأذن ثبت ضرورة الانتفاع فلا يظهر فيما وراءه ولهذا كان واجب الرد وصار كالمقبوض على سوم الشراء

مادة الاشكال انتهى (أقول) هذا ساقط لأن الصريح عند علماء الأصول ما نكشف المراد منه فى نفسه فتناول الحقيقة الغير المجهورة والمجاز المتعارف كما عرفت فى موضعه وأراد المصنف بالصريح ههنا الحقيقة فقط بقرينة ما ذكره فى مقابله كما بينه صاحب العناية فإن أراد ذلك البعض أن تخصيص الأولى بكونها صريحة يوهم أن الثانية ليست كذلك أى ليست بصريحة بالمعنى الذى ذكره علماء الأصول فهو ممنوع وانما يكون كذلك لو لم يكن قرينة على أنه أراد بالصريح ههنا معنى الحقيقة وليس فليس وإن أراد أن تخصيص الأولى بذلك يوهم أن الثانية ليست بصريحة بمعنى الحقيقة فهو مسلم ولكن لا إشكال فيه حتى لا يتخسف مادته (قوله ومختك هذا الثوب وجعلتلك على هذه الدابة إذا لم يردبه الهبة الخ) قال صاحب السكافى كان ينبغي أن يقول إذا لم يردبها بدليل التعليل وقال ويمكن أن يجاب عنه بأن الضمير يرجع إلى المذكور كقوله تعالى عوان بين ذلك انتهى وقال الشارح العينى بعد نقل الطعن والجواب قلت المذكور شيأ أن أحدهم أقوله ومختك هذا الثوب والاخر جعلتلك على هذه الدابة انتهى (أقول) مدار ما قاله على عدم الفرق بين المفهوم وبين ما صدق هو عليه فإن الشيتين هو الثانى دون الاول ومبنى التأويل ههنا وفى قوله تعالى عوان بين ذلك هو الاول وهو شئ واحد لا محالة فلا غبار فى الجواب لا يقال يجوز أن يكون مراده بيان الواقع لارد الجواب لا نأقول كون المذكور شيئين مع كونه غنيا عن البيان جدا يابى عنه قطعاً ذكره لفظة قلت سيما بعد ذكر الطعن والجواب كما لا يخفى على ذوى الالباب (قوله ولهذا كان واجب الرد وصار كالمقبوض على سوم الشراء) قال صاحب العناية فى شرح هذا المقام ولهذا أى

نفسه وقوله لا عن استحقاق أى لا عن استيجاب قبض بحيث لا ينقضه الاخر بدون رضاه احتراز عن الاجارة فإن المستأجر يقبض المستأجر لحقه ليس للمالك النقص قبل مضى المدة بدون رضاه فان قيل هو قبض باذنه ومثله لاوجب الضمان أجاب بقوله والأذن ثبت ضرورة الانتفاع والثابت بالضرورة يتقدر بقدرها والضرورة حالة الاستعمال فان هلكت فيها فلا ضمان وإن هلكت فى غيرها لم يظهر فيه الأذن لكونه وراء الضرورة ولهذا أى ولكون الأذن ضروريا كان واجب الرد يعنى مؤنة الرد واجبة على المستأجر كإفى الغصب وصار كالمقبوض على سوم الشراء فانه وإن كان باذن لكن لما كان قبض مال غيره لنفسه لا عن استحقاق إذا هلك ضمن فكذلك إذا

(قوله ولا يحمله مثلها) أقول الضمير فى قوله يحمله راجع إلى ما (قوله لأنه قبض مال غيره لنفسه لا عن استحقاق فيضمن) أقول وفيه تمنع الكبرى كما يظهر بالأمس

شي من ذلك بموجب له أما العقد فلان اللفظ الذي ينعقد به العارية لا ينبئ عن التزام الضمان لانه لتمليك المنافع بغير عوض أولا باحتما على اختلاف القولين وما وضع لتمليك المنافع لا يتعرض للعين حتى يوجب الضمان عند هلاكه وأما القبض فأنما يوجب الضمان اذا وقع تعديا وليس كذلك لكونه مأذونا فيه وأما الأذن فلان اضافة الضمان اليه فساد في الوضع لان اذن المالك في قبض الشيء يتيقن الضمان فكيف يضاف اليه (قوله والأذن) جواب عن قوله والأذن ثبت ضرورة الانتفاع فلا يظهر فيما رواه يعني أنه لم يتناول العين فانه ورد على المنفعة نصا ولم يتعد إلى العين وتقريره القول بالموجب يعني سلمنا أن الأذن لم يكن اللازمة للانتفاع لكن القبض أيضا لم يكن الا للانتفاع فلم يكن ثم تعد ولا ضمان بدونه

(قوله فلان اللفظ الذي ينعقد به العارية الخ) أقول فيه بحث (قوله وما وضع لتمليك المنافع لا يتعرض للعين حتى يوجب الضمان عند

هلا كه) أقول لم يتعرض للإباحة وكان المناسب ذلك كما لا يخفى

ولأن اللفظ لا ينبئ عن التزام الضمان لانه لتمليك المنافع بغير عوض أولا باحتما أو بالقبض لم يقع تعديا لكونه مأذونا فيه والأذن وان ثبت لأجل الانتفاع فهو ما قبضه الا للانتفاع فلم يقع تعديا

ولكون الأذن ضروريا كان واجب الرد يعني مؤنة الرد واجبة على المستعير كما في الغصب وصار كالمقبوض على سوم الشراء فانه وان كان باذن لكن لما كان قبض مال غيره لنفسه لا عن استحقاق اذا هلك ضمن فكذا هذا اه كلامه (أقول) حمل الشارح المذكور قول المصنف ولهذا على الإشارة إلى كون الأذن ضروريا واقتضى أثره الشارح العيني وسكت سائر الشراح عن البيان بالكيفية والحق عندى انه إشارة إلى قوله لانه قبض مال غيره لنفسه لا عن استحقاق فالمعنى ولكونه قبض مال غيره لنفسه لا عن استحقاق كان واجب الرد وصار كالمقبوض على سوم الشراء وانما كان هذا هو الحق عندى لوجهين أحدهما ان الظاهر ان قوله وصار كالمقبوض على سوم الشراء عطف على قوله كان واجب الرد فيقتضى كون المعطوف في حكم المعطوف عليه بالنظر إلى ما قبله بصير المعنى على تقدير أن يكون لفظ هذا الإشارة إلى كون الأذن ضروريا ولكون الأذن ضروريا صار كالمقبوض على سوم الشراء والظاهر ان الأذن ليس بضروري في المقبوض على سوم الشراء وأما على تقدير أن يكون إشارة إلى ما ذكره فيصير المعنى ولكونه قبض مال غيره لنفسه لا عن استحقاق صار كالمقبوض على سوم الشراء ولا شك ان الأمر كذلك في المقبوض على سوم الشراء وثانيهما ان حديث كون الأذن ضروريا جواب عن سؤال مقدر لا عمدة في الاستدلال بخلاف قوله لانه قبض مال غيره لنفسه لا عن استحقاق ولا يخفى ان ما هو العمدة في الاستدلال أحق بأن يشرع عليه قوله ولهذا كان واجب الرد وصار كالمقبوض على سوم الشراء ويؤيده ان صاحب الكافي أخر حديث كون الأذن ضروريا عن تفسيره هذين الفرعين (قوله ولأن اللفظ لا ينبئ عن التزام الضمان لانه لتمليك المنافع بغير عوض أولا باحتما أو بالقبض لم يقع تعديا لكونه مأذونا فيه) قال صاحب العناية في حل هذا المثل يعني ان الضمان اما أن يجب بالعقد أو بالقبض أو بالأذن وليس شي من ذلك بموجب له أما العقد فلان اللفظ الذي ينعقد به العارية لا ينبئ عن التزام الضمان لانه لتمليك المنافع بغير عوض أولا باحتما على اختلاف القولين وما وضع لتمليك المنافع لا يتعرض للعين حتى يوجب الضمان عند هلاكه وأما القبض فأنما يوجب الضمان اذا وقع تعديا وليس كذلك لكونه مأذونا فيه وأما الأذن فلان اضافة الضمان اليه فساد في الوضع لان اذن المالك في قبض الشيء يتيقن الضمان فكيف يضاف اليه اه كلامه (أقول) لا يذهب عليك ان احتمال كون الأذن موجبا للضمان مما لا يخطر ببال أحد أصلا وهذا لم يتعرض المصنف لنفي ذلك قط في أثناء تقريره جتنافى هذه المسئلة فدرج الشارح المزبور إياه في احتمالات إيجاب الضمان وذهبته ذلك إلى المصنف بقوله يعني خروج عن سنن الصواب (قوله والأذن وان ثبت لأجل الانتفاع فهو ما قبضه الا للانتفاع فلم يقع تعديا) جواب عن قول الشافعي والأذن ثبت ضرورة الانتفاع فلا يظهر فيما رواه وتقريره القول بالموجب يعني سلمنا ان الأذن لم يكن اللازمة للانتفاع لكن القبض أيضا لم يكن الا للانتفاع فلم يكن ثم تعد ولا ضمان بدونه كذا في العناية وغيرها (أقول) للخصم أن يقول اذا لم يكن القبض أيضا اللازمة للانتفاع كان صحة القبض مقدرة بقدر الضرورة والضرورة انما هي في حالة الاستعمال فان هلك في هذه الحالة فلا ضمان قطعاً وأما اذا هلك في غيرها فينبغي أن يجب الضمان لكونه هلاكها فيما وراء الضرورة فالأظهر في الجواب عن قول الشافعي والأذن ثبت ضرورة الانتفاع فلا يظهر فيما رواه طريقة المنع لا القول بالموجب وقد أفصح عنها صاحب غاية

(قوله وانما وجب الرميثونة) جواب عن قوله ولهذا كان واجب الرد وتقرر به أن وجوب الرد لا يدل على أنه مضمون لانه وجب لمؤنة القبض الحاصل للمستعير كنفقة المستعار فانما على المستعير وليس لنقض القبض ليدل على أن القبض لا عن استحقاق فيوجب الضمان بخلاف الغصب فان الرد فيه واجب كنقض القبض لكونه بلا اذن فاذا لم يوجب الرد وجب الضمان وقوله (والمقبوض على سوم الشراء) جواب عن قوله وصار للمقبوض على سوم الشراء وتقرر به أنه ليس بمضمون بالقبض بل بالعقد لان المأخوذ بالعقد له حكم العقد فصار كالمأخوذ بالعقد وهو يوجب الضمان فان قيل سلنا أن (١٠٥) الاخذ في العقد له حكم العقد ولكن لا عقد

هنا أجيب بأن العقد وان كان معدوما حقيقة جعل موجودا تقديرا صيانة لاموال الناس عن الضياع اذا المالك لم يرض بخروج ملكه مجانا ولان المقبوض على سوم الشراء وسيلة اليه فاقبضت مقام الحقيقة نظرا له الآن الاصل في ضمان العقود هو القيمة لكونها مثالا كاملا وانما يشار الى الثمن عند وجود العقد حقيقة واذا لم يوجد صير الى الاصل وقوله (على ما عرف في موضعه) قيل يريد به نسخ طريقة الخلاف وقيل كتاب الاجارات من الميسر قال (وليس للمستعير أن يواجر ما استعاره الخ) وليس للمستعير أن يواجر المستعار فان أجره فغطب ضمن لوجهين أحدهما أن الاجارة دون الاجارة والشئ لا يتضمن ما هو فوقه والثاني أن المأخوذ بالعقد لا يكون لازما أو غير لازم ولا يسبيل الى شئ من ذلك أما الثاني فلانه خلاف مقتضى الاجارة

وانما وجب الرميثونة كنفقة المستعار فانما على المستعير لا لنقض القبض والمقبوض على سوم الشراء مضمون بالعقد لان الاخذ في العقد له حكم العقد على ما عرف في موضعه قال (وليس للمستعير أن يواجر ما استعاره فان أجره فغطب ضمن) لان الاجارة دون الاجارة والشئ لا يتضمن ما هو فوقه ولا نا لو صحناه لا يصح الا لازما لانه حينئذ يكون بتسليط من المعير وفي وقوعه لازما زيادة ضرر بالمعير لسد باب الاسترداد الى انقضاء مدة الاجارة فأبطلناه وضمنه حين سلمه لانه اذا لم يتناوله العارية كان غمها وان شاء المعير ضمن المستأجر لانه قبضه بغير اذن المالك لنفسه ثم ان ضمن المستعير لا يرجع على المستأجر لانه ظهر أنه أجر ملك نفسه وان ضمن المستأجر يرجع على المأجر اذا لم يعلم أنه كان عارية في يده فغاص الضرر الغرور بخلاف ما اذا علم

البيان حيث قال والجواب عن قوله والاذن بقبض العين ثبت ضرورة الانتفاع قلنا لما مست الحاجة والضرورة الى اظهار الاذن بالقبض في حالة الانتفاع مست الضرورة الى اظهار الاذن بالقبض في غير حالة الانتفاع أيضا وهي حالة الامساك لان الانسان انما ينتفع بملك غيره كما ينتفع بملك نفسه ولا ينتفع بملك نفسه آناه الليل وأطراف النهار وانما ينتفع به ساعة وعيمه كأي شئ ولو انتفع بالعارية دائما يضمن كما اذا ركبها ليلا ونهارا فيما لا يكون العرف كذلك فثبت ان القبض في غير حالة الانتفاع أيضا ما دون فلا يوجب الضمان الى هنا كلامه وأشير الى هذا الوجه من الجواب في الكافي ومعراج الدراية أيضا فنصير (قوله والمقبوض على سوم الشراء مضمون بالعقد لان الاخذ في العقد له حكم العقد على ما عرف في موضعه) جواب عن قول الشافعي وصار للمقبوض على سوم الشراء قال صاحب العناية وتقرر به أنه ليس بمضمون بالقبض بل بالعقد لان المأخوذ بالعقد له حكم العقد فصار كالمأخوذ بالعقد وهو يوجب الضمان اه كلامه (أقول) لا يخفى على ذي فطنة ان تحريره هذا في تقرير الجواب مختل في الظاهر لان الضمير المستتر في فصار راجع الى المأخوذ بالعقد فيصير المعنى فصار المأخوذ بالعقد كالمأخوذ بالعقد فيلزم تشبيه الشئ بنفسه وهو باطل ويمكن توجيهه بعناية وهي أن يحمل الباع في قوله لان المأخوذ بالعقد على الملازمة وفي قوله فصار كالمأخوذ بالعقد على السببية فيصير معنى كلامه لان المأخوذ بعلمه لا يوجب الضمان على ما كان متعلقا بالعقد بان كان من مباديه له حكم نفس العقد فصار ذلك كالمأخوذ بسبب نفس العقد فيقول الى ما ذكر في الكافي وبعض الشروح من قوله ثم ان الضمان في المقبوض على سوم الشراء لا يلزم بالقبض نفسه ولكن بالقبض بجهة الشراء اذا القبض بحقيقة الشراء مضمون بالعقد فكذلك ايجهته اه ثم أقول لاحاجة في حل كلام المصنف ههنا الى ما ذكره صاحب العناية من التفسير الى كيك المشعر بالاختلال كما عرفت بل له محملان ههنا سلمان عن شاذبة الخلل أحدهما أن يكون معنى قوله لان الاخذ في العقد له حكم العقد لان الشروع في الع قد بالمباشرة لبعض مقدماته له حكم نفس العقد ونعامة على أن يكون الاخذ ممن أخذ

(١٤ - تكمله سابع)

فانه عقد لازم فانما عقده غير لازم عكس الموضوع وأما الاول فلانه حينئذ يكون بتسليط المعير ومن مقتضيات عقد العارية فلا يقدور على الاسترداد الى انقضاء مدة الاجارة فيكون عقد الاجارة لازما وهو أيضا خلاف موضوع الشرع وفيه زيادة ضرر بالمعير فأبطلناها واذا كانت باطلة كان بالتسليم غاصبا فيضمن حين سلم والمعير بالخيار ان شاء ضمن المستأجر لانه قبضه لنفسه بغير اذن المالك وان شاء ضمن المستعير لكونه الغاصب ثم ان ضمن المستعير لا يرجع على المستأجر لانه ظهر أنه أجر ملك نفسه وان ضمن المستأجر يرجع على المأجر اذا لم يعلم كونه عارية في يده فغاص الضرر الغرور بخلاف ما اذا علم

قال (وله أن يعيره إذا كان مما لا يختلف باختلاف المستعمل) وقال الشافعي ليس له أن يعيره لانه اباحة
المنافع على ما بينا من قبل والمباح له لا يملك الاباحة وهذا لان المنافع غير قابلة للملك لكونها معدومة
وانما جعلناها موجودة في الاجارة للضرورة وقد اندفعت بالاباحة ههنا ونحن نقول هو تعليقك المنافع
على ما ذكرنا فملك الاعارة كالموصى له بالخدمة

وللستعير ان يعير المستعار
اذا كان مما لا يختلف
باختلاف المستعمل كالحمل
والاستخدام والسكنى
والزراعة وقال الشافعي
ليس له أن يعيره لان اباحة
المنافع على ما مر والمباح له
لا يملك الاباحة وهذا أي
كون الاعارة اباحة لان
المنافع غير قابلة للملك
لكونها معدومة وانما
جعلت موجودة في الاجارة
للضرورة وقد اندفعت في
الاعارة بالاباحة فلا يصار
الى التملك وانما تعليقك
المنافع على ما مر فيتضمن
منسله كالموصى له بالخدمة
جاز أن يعير لملكه المنفعة

فيه معنى شرع فيه لا من أخذه وثانيهما أن يكون معناه لان الاخذ في العقد أي المأخوذ لاجل العقد له
حكم العقد على أن تكون كلمة في قوله في العقد بمعنى اللام كما في قوله تعالى فذلكم الذي ملكتني فيه
وقوله عليه الصلاة والسلام ان امرأة دخلت النار في هرة حبستها على ما صرح به في معنى اللبس فالأخذ
حينئذ من أخذه بمعنى تناوله ثم قال صاحب العناية أخذ من غاية البيان فان قيل سلمنا ان الاخذ
في العقد له حكم العقد ولكن لا عقده ههنا أجب بأن العقد وان كان معدوما حقيقة جعل موجودا
تقدير اصابة لاموال الناس عن الضياع اذا المالك لم يرض بخروج ملكه مجانا اه (أقول) لا يذهب
على ذي فطرة سليمة ان السؤال المذكور لا يتوجه ههنا أصلا اذ لا يقتضي أن يكون للاخذ في العقد
حكم العقد تحقق العقد بل يقتضي عدم تحققه اذ عند تحققه يكون الحكم لنفس العقد لا للاخذ فيه فلا
معنى لقوله ولكن لا عقده ههنا ثم ان الجواب المزبور منطوقه لانه وان كان في جعل العقد موجودا
تقدير اصابة لمال البائع عن الضياع لكن فيه تضييع لمال المشتري اذ قد يكون هلاك المقبوض على
سوم الشراء في يد المشتري بلا تعدد منه بل بسبب اضطراري وقد أخذه من يملكه باذن فاذا وجب
الضمان عليه خرج ماله الذي أدها من ملكه مجانا أي بلا عقد ولا تعدد في شيء فيلزم النظر لاحد المتأخذين
في العقد وترك النظر عن الآخر تأمل (قوله وله أن يعيره اذا كان مما لا يختلف باختلاف المستعمل)
قال عامة الشراح كالحمل والاستخدام والسكنى والزراعة وقال في النهاية ومعراج الدراية كذا ذكره
في النظائر الامام الترمذني (أقول) في أكثر هذه الامثلة اشكال أما في مثال الحمل فلا لانه وان كان
مطابقا لما ذكره المصنف في آخر هذه المسئلة بقوله فلا واستعداد به ولم يسم شيئا له أن يحمل ويعير غيره للحمل
لان الحمل لا يتفاوت انتهى الى أنه مخالف لما سيجيء في كتاب الاجارات في باب ما يجوز من الاجارة وما
لا يجوز من ان الحمل كالركوب واللبس مما يختلف باختلاف المستعمل وحكمه حكمهما عند الاطلاق
والتيقيد كما ستطلع عليه وقد اضطرب كلام الفقهاء في عامة المعتربات في شأن الحمل حيث قالوا في كتاب
العارية انه مما لا يتفاوت وقالوا في كتاب الاجارات انه مما يتفاوت وعن ظهر مخالفة جديدين كلامه
في المقامين صاحب الكافي فانه قال ههنا سواء كان المستعار شيئا يتفاوت الناس في الانتفاع به كاللبس في
الثوب والركوب في الدابة أو لا يتفاوتون في الانتفاع به كالحمل على الدابة وقال في الاجارات ويقع
التفاوت في الركوب واللبس والحمل فمال بين لا يصير المعقود عليه معلوما لا يمكن بحجوازا لاجارة انتهى
وأما في مثال الزراعة فلا لانه سياتي في كتاب الاجارات في الباب المزبور أنه لا يصح عقد الاجارة في استئجار
الارض للزراعة حتى يسمى ما يزرع فيها لان ما يزرع فيها متفاوت فلا بد من التعيين كي لا تقع المنازعة
ولا يخفى ان المفهوم منه ان الزراعة مما يختلف باختلاف المستعمل وعن هذا مثل الامام الزبيدي لما
يختلف باختلاف المستعمل فيما نحن فيه بأمله وعدم منها الزراعة حيث قال كاللبس والركوب
والزراعة وأما في مثال السكنى فلان سكنى الحداد والقصار يضرب البناء دون سكنى غيره ههنا وهذا
لا يدخل سكناهما في استئجار الدور والخوانيت السكنى كاذ كفي كتاب الاجارات فكان السكنى أيضا مما
يختلف باختلاف المستعمل ويمكن أن يجاب عن هذا بان الاضرار بالبناء أثر الحدادة والقصار لا أثر
السكنى لان مجرد السكنى لا يؤثر في انهدام البناء فيضاف الانهدام الى الحدادة والقصار كما بينه

(قوله والمنافع اعتبارت)

قابله (جواب عن قوله والمنافع اعتبارت)
 والمنافع غير قابله للملك وتقريره
 لانسليم أنها غير قابله للملك
 فانها تملك بالعقد كافي
 الاجارة فتجعل في الاعارة
 كذلك دفعا للحاجة وقد
 مر لنا الكلام فيه فان
 قيل لو كانت تملك المنفعة
 لما تناوت الحكم في العصة
 بين ما يختلف باختلاف
 المستعمل وبين ما لا يختلف
 كما لا شك في جواب قوله (وانما
 لا يجوز فيما يختلف باختلاف
 المستعمل دفعا للمزيد الضرر
 عن المعبر لانه رضى باستعماله
 لا باستعمال غيره وقال هذا)
 أي ما ذكر من ولاية الاعارة
 للمستعبر (اذا صدرت
 الاعارة مطلقة) فوجب أن
 يبين أقسامها فقال (وهي
 على أربعة أوجه) وهي
 قسمة عقلية (أحدها أن
 تكون مطلقة في الوقت
 والانتفاع والثاني أن
 تكون مقيدة فيهما
 والثالث أن تكون مقيدة
 في حق الوقت مطلقة في
 حق الانتفاع والرابع
 بالعكس فلم يستعبر في الاول
 أن ينتفع به أي نوع شاء في
 أي وقت شاء عملا بالاطلاق
 وفي الثاني ليس له أن يجاوز
 فيه ما سماه من الوقت
 والمنفعة

والمنافع اعتبارت قابله للملك في الاجارة فتجعل كذلك في الاعارة دفعا للحاجة وانما لا يجوز فيما يختلف باختلاف المستعمل دفعا للمزيد الضرر عن المعبر لانه رضى باستعماله لا باستعمال غيره قال العبد الضعيف وهذا اذا صدرت الاعارة مطلقة وهي على أربعة أوجه أحدها أن تكون مطلقة في الوقت والانتفاع والمستعبر فيه أن ينتفع به أي نوع شاء في أي وقت شاء عملا بالاطلاق والثاني أن تكون مقيدة فيهما وليس له أن يجاوز فيه ما سماه عملا بالتقييد

صاحب النهاية في كتاب الاجارة فلم يقع الاختلاف باختلاف المستعمل في نفس السكنى بل في أمر خارج عنه والمثال ههنا انما هو نفس السكنى فلا اشكال فيه (قوله والمنافع اعتبارت قابله للملك في الاجارة فتجعل كذلك في الاعارة دفعا للحاجة) جواب عن قول الشافعي رحمه الله المنافع غير قابله للملك وتقريره لانسليم أنها غير قابله للملك فانها تملك بالعقد كافي الاجارة فتجعل في الاعارة كذلك دفعا للحاجة كذلك في العنابة وغيرها (أقول) فيه بحث لان حاصله القياس على الاجارة وقد تدارك الشافعي دفعه حيث قال في ذيل تعليقه (وانما جعلناها مأمورة في الاجارة للضرورة وقد اندفعت بالاباحة يعني ان علة اعتبار المنافع المدومة قابله للملك في الاجارة ضرورة دفع حاجة الناس وهذا العلة منتفية في الاعارة لان دفع حاجتهم بالاباحة فلم يتم ما ذكره المصنف هنا جوابا عنه اللهم الا أن يقال الناس كما يحتاجون الى الانتفاع بالشيء لانفسهم كذلك يحتاجون الى نفع غيرهم بذلك الشيء وعند كون الاعارة اباحة لا يقدر ركون على نفع غيرهم بالعارية فلا تندفع حاجتهم الاخرى فضرورة دفع حاجتهم بالكتابة دعت الى اعتبار المنافع قابله للملك في العارية كافي الاجارة قال صاحب العنابة بعد تقرير مراد المصنف ههنا وقد مر الكلام فيه (أقول) لم يمر منه كلام مناسب لما قام سوى بحشه الثالث من أبحاثه الثلاثة التي أوردناها في صدر كتاب العارية وقد فعلنا كله هناك لكنه ليس بتمش هنا لان حاصله ان قياس المنافع على الاعيان ليس بنام لان من شرط القياس كون الفرع نظيرا لاصل والمنافع ليست نظيرا لالاعيان ولا شك ان القياس والمقيس عليه فيما نحن فيه كلاهما من قبيل المنافع فكان الفرع نظيرا لاصل قطعاً (قوله وهذا اذا صدرت الاعارة مطلقة) قال عامة الشراح أي ما ذكر من ولاية الاعارة للمستعبر اذا صدرت الاعارة مطلقة (أقول) فيه اشكال لان المذكور في الكتاب أن للمستعبر أن يعبر المستعار فيما اذا كان مما لا يختلف باختلاف المستعمل فعنه أن للمستعبر ولاية الاعارة فيما اذا كان المستعار مما لا يختلف باختلاف المستعمل وقد تقرر في عامة كتب الفقه حتى المتون ان اختصاص ولاية الاعارة للمستعبر بما اذا كان المستعار مما لا يختلف باختلاف المستعمل انما هو اذا صدرت الاعارة مقيدة بأن ينتفع به المستعبر بنفسه وأما اذا صدرت الاعارة مطلقة فلا يستعبر ولاية الاعارة مطلقاً أي سواء كان المستعار مما يختلف باختلاف المستعمل او مما لا يختلف وهذا مما أطبق عليه كلمة الفقهاء الحنفية حتى المصنف نفسه حيث قال في آخر هذه المسئلة فلوا استعار دابة ولم يسم شيئا له أن يحمل ويعبر غيره للحمل لان الحمل لا يتفاوت وله أن يركب ويركب غيره وان كان الركوب مختلفا اه فقول المصنف وهذا اذا صدرت الاعارة مطلقة على تقدير أن يريد بكلمة هذا الإشارة الى ما قاله عامة الشراح كما هو الظاهر انما يتم لو لم يكن ما ذكر في الكتاب فيما قبل مقيدا بقوله اذا كان مما لا يختلف باختلاف المستعمل ولما كان ذلك مقيدا به لم يتم قوله المزبور بل كان ينبغي له أن يقول هذا اذا صدرت الاعارة مقيدة على مقتضى ما نصوص عليه فاطمينة كما بيناه والعجب من عامة الشراح أنهم فسروا المشار اليه بكلمة هذا الواقعة في كلام المصنف بما ذكرنا ولم يتعرضوا لما فيه من الاشكال مع ظهوره جدياً ثم ان الشارح تاج الشريعة كانه تيبه للحدود الذي ذكرناه فقال في شرح

الاذا كان خلافاً الى مثل ذلك) كمن استعار دابة ليحمل عليها فقيرا من هذه الحنطة فحملها فقيرا من حنطة أخرى (أو الى خير منه) كما اذا
 جعل مثل ذلك شغيرا استحسانا وفي القياس يضمن لانه مخالف فان عند اختلاف الجنس لا تعتبر المنفعة والضرر لا ترى أن الوكيل
 بالبيع بألف درهم اذا باع بألف (١٠٨) دينار لم ينفذ بيعه وجه الاستحسان أنه لا فائدة للمالك في تعيين الحنطة اذ مقصوده دفع زيادة

الضرر عن دابته ومثل
 كيل الحنطة من الشعير
 أخف على الدابة والتقيد
 انما يعتبر اذا كان مفيدا (وفي
 الثالث والرابع ليس له أن
 يتعدى ما سمى من الوقت
 والتنوع) وعلى هذا فلا استعار
 دابة ولم يسم شيأ له أن يحمل
 ويعبر غيره للحمل لان الحمل
 لا يتفاوت وله أن يركب
 ويركب غيره وان كان
 الركوب مختلفا لانه لما أطلق
 كان له التعيين حتى لو ركب
 بنفسه تعين الركوب فليس
 له أن يركب غيره بالعكس
 كذلك فلو فعله ضمن لتعين
 الركوب في الاول والاركاب
 في الثاني) وهذا الذي ذكره
 اختيار فخر الاسلام وقال
 غيره له أن يركب بعد الاركاب
 ويركب بعد الركوب
 وهو اختيار شمس الأئمة
 السرخسي رحمه الله وشيخ
 الاسلام قال (وعارية
 الدراهم والدنانير والمكيل
 والموزون والمعدود وقرض
 الخ) اذا استعار الدراهم فقال
 له أعزتك دراهمي هذه كان
 بمنزلة أن يقول أقرضتك
 وكذلك كل مكيل وموزون
 ومعدود لان الاعارة تملك
 المنفعة ولا يمكن الانتفاع
 بها الا بالاسم فلا يملكها

الا اذا كان خلافا الى مثل ذلك أو الى خير منه والحنطة مثل الحنطة والشعير خير من الحنطة اذا كان
 كيلا والثالث أن تكون مقيدة في حق الوقت مطابقة في حق الانتفاع والرابع عكسه وليس له أن
 يتعدى ما سمى فلو استعار دابة ولم يسم شيأ له أن يحمل ويعبر غيره للحمل لان الحمل لا يتفاوت وله أن
 يركب ويركب غيره وان كان الركوب مختلفا لانه لما أطلق فيه فله أن يعين حتى لو ركب بنفسه ليس
 له أن يركب غيره لانه تعين ركوبه ولو أركب غيره ليس له أن يركبه حتى لو فعله ضمنه لانه تعين الاركاب قال
 (وعارية الدراهم والدنانير والمكيل والموزون والمعدود وقرض) لان الاعارة تملك المنفعة ولا يمكن
 الانتفاع بها الا بالاستهلاك عنها فاقضى تملك العين ضرورة وذلك بالهبة أو بالقرض والقرض أدناها
 ثبتت أولان من قضية الاعارة الانتفاع ورد العين فأقيم رد المثل مقامه قالوا هذا اذا أطلق الاعارة
 قول المصنف وهذا اذا صدرت الاعارة مطلقة الاشارة لا تعود الى المسئلة المتقدمة بل الى الاستعارة
 ينتفع بالعارية ما شاء اذا أطلقت العارية اه (أقول) هذا الذي ذكره هذا الشارح وجهه
 ما يعود اليه الاشارة مما لم يذكر في مقابل قط فكيف يعلم أن يكون مشار اليه بكلمة هذا الواقعة في كلام
 المصنف وهنا ولا يشار باسم الاشارة الى المحسوس المشاهد أو الى ماهو بمنزلة المحسوس المشاهد كما
 تقر في موضعه فكانه هرب عن ورطة ووقع في ورطة أخرى أشد من الأولى والانصاف ان المصنف
 لو ترك قوله وهذا اذا صدرت الاعارة مطلقة وشرع في الكلام الذي يسطه بأن يقول والاعارة على أربعة
 أوجه لكان أخرى ولقد أحسن صاحب الكافي في هذا المقام حيث قال أولأوله أن يعبر وذكر خلاف
 الشافعي وبين دليل الطرفين ثم قال ثم هذه المسئلة على وجهين اما أن حصلت الاعارة مطلقة في حق
 المنتفع بأن أعارته باللبس ولم يبين اللابس أو دابة للركوب ولم يبين الراكب أو دابة للحمل ولم يبين الحامل
 وفي هذا الوجه له أن يعبر سواء كان المستعار شيأ يتفاوت الناس في الانتفاع به كاللبس في الشوب
 والركوب في الدابة أو لا يتفاوتون في الانتفاع به كالحمل على الدابة عملا باطلاق اللفظ وان حصلت
 الاعارة مقيدة بأن استعار ليلبس بنفسه أو ليركب بنفسه أو ليحمل بنفسه فله أن يعبر فيما لا يتفاوت
 الناس في الانتفاع به كما في الحمل وليس له أن يعبر فيما يتفاوت الناس في الانتفاع به كاللبس والركوب ثم
 قال وهذا هو الكلام في اعارة المستعير وأما الكلام في انتفاعه في المستعار فهو على أربعة أوجه
 فذكر ما ذكره المصنف من الوجوه الأربعة (قوله الا اذا كان خلافا الى مثل ذلك أو الى خير منه) كمن
 استعار دابة ليحمل عليها فقيرا من هذه الحنطة فحمل عليها فقيرا من حنطة أخرى أو جعل عليها فقيرا
 من شعير وفي القياس يضمن لانه مخالف فان عند اختلاف الجنس لا تعتبر المنفعة والضرر لا ترى
 أن الوكيل بالبيع بألف درهم اذا باع بألف دينار لم ينفذ بيعه وجه الاستحسان أنه لا فائدة للمالك في
 تعيين الحنطة اذ مقصوده دفع زيادة الضرر عن دابته ومثل كيل الحنطة من الشعير أخف على الدابة
 والتقيد انما يعتبر اذا كان مفيدا كذا في العناية وغيرها (أقول) لقائل أن يقول ماذا كروا في وجهه
 الاستحسان منتقض بالوكيل بالبيع بألف درهم اذا باع بألف دينار فانه لم ينفذ بيعه على ما صرحوا
 به مع أن ماذا كروا في وجه هذا الاستحسان ههنا جار هناك أيضا بعينه فينبغي أن ينفذ بيعه أيضا
 فتأمل (قوله أولان من قضية الاعارة الانتفاع ورد العين فأقيم رد المثل مقامه) أقول يرى هذا

التعليل

فكان ذلك عليك العين اقتضاء وتلك العين اما بالهبة أو القرض والقرض أدناها لكونه متيقنا به

فيل لانه أقل ضرر راعى المعطى لانه لو جبر رد المثل وما هو أقل ضرر رافه والثابت يقينا ولا من قضية الاعارة الانتفاع ورد العين وقد
 يجز عن رده فأقيم رد المثل مقامه قال المشايخ هذا اذا أطلق الاعارة

وأما إذا عين الجهة بأن استعارواهم ليعاير بها ميزاناً أو يزين بهاد كالم يكن قرضاً ولم يكن له إلا المنفعة المسماة فصار كما إذا استعار آنية ليحمل بها أو سيفاً محلي يتقلده يقال عايرت المكابيل أو الموازين إذا قايستهما والعيار المعيار الذي يقاس به غيره ويسوى وإذا استعار أرضاً للبناء والغرس جاز وللعيار الرجوع فيها وتكلف قطع البناء والغرس أما الجواز فلان هذه المنفعة معلومة تلك بالاجارة فكذلك بالاعارة دفعاً للحاجة وأما الرجوع فلما ينال معنى بقوله والمعير أن يرجع في العارية متى شاء (١٠٩) قوله صلى الله عليه وسلم المنفعة مردودة

والعارية مؤداة وأما التكليف فلان الرجوع إذا كان صحيحاً بقي المستعير شاغلاً أرض المعير فكيف تقر بهما أن المعير ما أن وقت العارية أو لم يوقت فإن لم يوقت فلا ضمان عليه لأن المستعير مغتر غير مغرور ومن جانب المعير حيث اعتد طلاق العقد وظن أنه يتركها في يده مدة طويلة من غير أن يسبق منه الوعد وإن كان وقت العارية فبرجع قبل الوقت صح لمذكرنا ولكن يكره ما فيه من خلف الوعد وضمن المعير ما نقص البناء والغرس بالقطع لأنه مغرور من جهته حيث وقت له إذا الظاهر الوفاء بالعهد والمغرور يرجع على الغارء فعل الضرر عن نفسه فإن قيل الغرور الموجب للضمان هو ما كان في ضمن عقد المعاوضة كما مر والاعارة ليست كذلك أجب بأن التوقيت من المعير التزام منه لقيمة البناء والغرس أن أراد أخواجه قبل ذلك الوقت معنى وتقرير كلامه ابن في هذه الأرض بنفسك على أن أثر كهافي

وأما إذا عين الجهة بأن استعارواهم ليعاير بها ميزاناً أو يزين بهاد كالم يكن قرضاً ولم يكن له إلا المنفعة المسماة فصار كما إذا استعار آنية ليحمل بها أو سيفاً محلي يتقلده قال (وإذا استعار أرضاً لبنى فيها أو لغرس فيها جاز وللعيار أن يرجع فيها ويكلف قطع البناء والغرس) أما الرجوع فلما ينال معنى بقوله والمعير أن يرجع في العارية متى شاء (١٠٩) قوله صلى الله عليه وسلم المنفعة مردودة دفعاً للحاجة وأما الرجوع فلما ينال معنى بقوله والمعير أن يرجع في العارية متى شاء (١٠٩) قوله صلى الله عليه وسلم المنفعة مردودة وقت له والظاهر هو الوفاء بالعهد ويرجع عليه دفعاً للضرر عن نفسه

التعليل خالداً عن التحصيل لأن حقيقة الاعارة منتفية في عارية الدراهم والدنانير والمكيل والموزون والمعدود وإذا قد صدر حوا في صدر كتاب العارية بأن من شرطها كون المستعار قابلاً للانتفاع به مع بقاء عينه وإن الأشياء المذكورة لا يمكن الانتفاع بها مع بقاء عينها فعد حقيقة الاعارة فيها جعلنا كتاباً عن القرض وكذلك حكم الاعارة منتفية في عارية الأشياء المذكورة إذ قد صرحوا بأنهم مضهونة بالهلاك من غير تعدد من الغايض فإذا لم تتحقق حقيقة الاعارة ولا حكمها في عارية هذه الأشياء فلا تأثير فيها أصلاً لأن يكون من قضية الاعارة الانتفاع ورد العين ولا إقامة رد المثل مقام رد العين نعم يفهم من مضمون هذا التعليل مناسبة في الجملة بين العارية والقرض صالحة لأن يجعل لفظ الاعارة في مستلثاته هذه مجازاً أو كناية عن معنى الاقتراض ولكن كلامنا في صلاحية ذلك لأن يكون علته لأصل المسئلة كما هو الظاهر من أسلوب التحرير فليعلل بالتأمل الصادق (قوله وأما إذا عين الجهة بأن استعارواهم ليعاير بها ميزاناً أو يزين بهاد كالم يكن قرضاً ولم يكن له إلا المنفعة المسماة) أقول لقائل أن يقول المفهوم من هذا الكلام إمكان الانتفاع بعين الدراهم ونحوها واعتبار ذلك شرعاً يضاف كيف يتم ما ذكرنا سابقاً من أنه لا يمكن الانتفاع بها إلا باستهلاك عينها ويمكن أن يجاب بأن المذكور سابقاً بناء على الأكثر الأغلب فالمراد أنه لا يمكن الانتفاع بنحو الدراهم في الأعم الأغلب إلا باستهلاك عينها فإدراك الحكم عند الإطلاق على ما هو الأغلب وأما عند تعيين الجهة فيظهر أن المقصود تعليل المنفعة مع بقاء العين على ما ذكره فحكم على ذلك فإن قلت عبارة المصنف لا تدل على التوجيه الذي ذكرته فإن الحصر المستفاد من قوله ولا يمكن الانتفاع بها إلا باستهلاك عينها يقتضي انتفاء إمكان الانتفاع بها بالكلية بدون استهلاك عينها قلت يمكن حمل الحصر المذكور على الحصر الادعائي بناء على عدم الاعتداد بالأقل فلا يقتضي انتفاء ذلك بالكلية (قوله وضمن المعير ما نقص البناء والغرس بالقطع) قال صاحب الغاية أي نقصان البناء والغرس على أن ما صدر به ويجوز أن تكون موصولة بمعنى الذي فعلى هذا يكون البناء والغرس منصوبين وعلى الأول يكونان مرفوعين اه كلامه وتبعه الشارح العيني (أقول)

يدل ذلك المدة كذا فإن لم أثر كهافي أن ضمن لك بقية حاله وذلك لأن كلام العاقل محمول على الفائدة ما أمكن وحيث كانت الاعارة بدون التوقيت صحيحة شرعاً لا بد من فائدة ذلك الوقت وذلك ما قلنا ووجه قوله ما نقص البناء والغرس أن يتطرق كم تكون قيمة البناء والغرس إذا بقي إلى المدة المضروبة فيضمن ما نقص من قيمته يعني إذا كانت قيمة البناء إلى المدة المضروبة عشرة دنائير مثلاً

(قوله وإن كان وقت العارية) أقول معطوف على قوله فإن لم يوقت فلا ضمان (قوله هو ما كان في ضمن عقد المعاوضة كما مر) أقول في باب المضارب يضارب

واذا قلع في الحال تكون قيمة النقص دينارين يرجع بهما كذا ذكره القدوري رحمه الله يريد به ضمان ما نقص وذكر الخاكم الشهيد أن المعبر يضمن للمستهبر قيمة غرسه وبنائه فيكون له الآن بشاء المستعبر أن يرفعهما ولا يضمنه قيمته ما قلناه ذلك لأنه ملكه قالوا يعني المشايخ إذا كان بالارض ضرر بالقلع فالتحيار الحرب الارض لأنه صاحب أصل والمستعبر صاحب تبع والترحيج بالأصل قبل معنى كلامه هذا ان ما قال القدوري ان المعبر يضمن نقصان البناء (١٠) والغرس محمول على ما اذا لم يلحق الارض بالقلع ضرراً أما إذا لحق فالتحيار في الإبقاء بالقيمة

مقاييساً وتكليف القلع وضمن النقصان الى صاحب الارض وهو ظاهر ويجوز أن يتعلق بقول الحاكم الشهيد ومعناه أن المستعبر انما يتمكن من القلع وترك الضمان اذا لم تنضر الارض بالقلع وأما اذا نضرت فالتحيار لرب الارض وهو الاظهر ولو استعارها ليزرعها لم تؤخذ منه حتى يحصد الزرع بل ترك في يده بطريق الاجارة بأجر المثل وقت أول وقت لان الزرع له نهاية معلومة وفي الترك مراعاة الحقيقين فانما كان الترك بأجر تمقت منفعة أرضه مجافاً ولا زرع الاخر

(قوله واذا قلع في الحال تكون قيمة النقص دينارين يرجع بهما كذا ذكره القدوري) أقول فيه كلام وهو وان القلع ما نقص دينارين بل نقص ثمانية دنانير فينبغي أن يرجع بها كما لا يخفى هذا اشكال الفاضل المحشي الشهير يعسقوب باشا فأقول التظاهر ان قوله قيمة النقص

كذا ذكره القدوري في المختصر وذكر الخاكم الشهيد أنه يضمن رب الارض للمستعبر قيمة غرسه وبنائه ويكون له الآن بشاء المستعبر أن يرفعهما ولا يضمنه قيمته ما فكون له ذلك لأنه ملكه قالوا اذا كان في القلع ضرر بالارض فالتحيار الحرب الارض لأنه صاحب أصل والمستعبر صاحب تبع والترحيج بالأصل ولو استعارها ليزرعها لم تؤخذ منه حتى يحصد الزرع وقت أول وقت لان له نهاية معلومة وفي الترك مراعاة الحقيقين

لا يظهر وجه صحة لكون البناء والغرس منصوبين ههنا لان الذي نقص البناء والغرس انما هو القلع فيصير المعنى على تقدير نصب البناء والغرس وضمن المعبر قلع البناء والغرس وليس هذا صحيح لان القلع ليس من جنس ما يضمن بل هو سبب الضمان وانما المضمون قيمة البناء المنتقضة بالقلع ويمنع أيضاً صحة المعنى على ذلك التقدير قوله بالقلع اذ يصير المعنى حينئذ وضمن المعبر القلع بالقلع ولا يخفى ما فيه فالوجه عندى ههنا رفع البناء والغرس لا غير أما على تقدير كون ما مصدرية فواضح وأما على تقدير كونها موصولة فتبتقدر بالضمير الراجع اليها على أن يكون تقدير الكلام وضمن المعبر ما نقص البناء والغرس فيه بالقلع وهو القيمة فيكون كلفة نقص ههنا من نقص في دينه وعقله كما ذكر في القاموس وقال صاحب العناية ووجه قوله ما نقص البناء والغرس أن ينظر كم يكون قيمة البناء والغرس اذا بقي الى المدة المضروبة فيضمن ما نقص من قيمته يعني اذا كان قيمة البناء الى المدة المضروبة عشرة دنانير مثلاً واذا قلع في الحال تكون قيمة النقص دينارين يرجع بهما انتهى كلامه وقد كان صاحب الكفاية وتاج الشريعة ذكر معنى هذا المقام ومثاله على المنوال الذي ذكره صاحب العناية غير أنهما قالوا بل قوله يرجع بهما فيرجع بثمانية دنانير فكأن بعض العلماء أخذ عما قاله محصاة فأورد على ما ذكره صاحب العناية حيث قال فيه كلام وهو أن اقلع ما نقص دينارين بل نقص ثمانية دنانير فينبغي أن يرجع بها كما لا يخفى انتهى (أقول) لعل صاحب العناية أراد بقيمة النقص في قوله تكون قيمة النقص دينارين نقصان القيمة على طريقة القلب ولا يخفى أنه اذا كان نقصان القيمة بالقلع دينارين كان التفاوت بين القيمتين دينارين فيرجع بهما قطعاً وأما صاحب الكفاية وتاج الشريعة فكأنهما أراد بقيمة النقص معنى قيمة النقص واذا كان قيمة النقص بالقلع دينارين يكون التفاوت بين القيمتين بثمانية دنانير فيرجع بثمانية دنانير وهذا يظهر توجبه كلام كل من طائفتي هؤلاء الشراح وان دفع ما أورده ذلك البعض من العلماء على ما ذكره صاحب العناية كما لا يخفى واجاب بعض الفضلاء عن ذلك بوجه آخر حيث قال فأقول الظاهر أن قوله قيمة النقص من إضافة الموصوف الى الصفة أي القيمة المنقوصة فلا اشكال انتهى كلامه (أقول) ليس هذا بسديد اذ لا يجوز إضافة الموصوف الى الصفة ولا إضافة الصفة الى الموصوف على المذهب المنصور المختار حتى تقرر في عامة متون النحو وشاع أن الموصوف لا يضاف الى صفته ولا الصفة الى موصوفها وانما جاز ذلك مذهب ضعيف كوفي لا ينبغي أن يصار اليه في توجيه كلام اللغات

من إضافة الموصوف الى الصفة أي القيمة المنقوصة فلا اشكال (قوله ويجوز أن يتعلق بقول على الخاكم الشهيد ان قوله وهو الاظهر) أقول المفهوم من كلام الزيلعي أن يتعلق بقول القدوري ويكلفه قيمة قلع البناء والغرس فراجع قال للصف (لان له نهاية معلومة) أقول قال ابن الغرمي مقتضى هذا التعليل أن لا يجوز الرجوع قبل الوقت في الموقسة لان لها نهاية معلومة ولان الوقت منصوص عليه ههنا وفي الاعارة لزرع الوقت ثابت دلالة والنص أقوى من الدلالة انتهى والجواب أن الضرر لصاحب البناء والغرس من متعين سواء وقت أو لا اذ ليس له ما نهاية معلومة فلا يمكن مراعاة الحقيقين بخلاف الزرع فلي تأمل

بخلاف الغرس لانه ليس له نهاية معلومة فيقطع دفعا للضرر عن المالك قال (وأجرة رد العارية على المستعير) لان الرد واجب عليه لما قبضه لمنفعة نفسه والأجرة مؤنة الرد فتكون عليه (وأجرة رد العين المستأجرة على المؤجر) لان الواجب على المستأجر التمكن والتخليه دون الرد فان منفعة قبضه سالمة للمؤجر معنى فلا يكون عليه مؤنة رده (وأجرة رد العين المعصوبة على الغاصب) لان الواجب عليه الرد والاعادة الى يد المالك دفعا للضرر عنه فتكون مؤنته عليه قال (واذا استعار دابة فردها الى اصطلح مالكاها فهلكت لم يضمن) وهذا استحسان

على أن النقص فيما نحن فيه لا يصلح أن يكون صفة للقيمة الابدان يجعل مجازا عن المفعول فيكون بمعنى المنقوصة وهذا تعسف بعد تعسف ولعمري ان من عادة ذلك الفاضل أن يتثبت بذلك المذهب الضعيف مع تكلف آخر في توجيه بعض المقامات وقد مر منه ذلك غير مرة ومع ذلك يزعمه معنى لطيفا ظاهرا كما يلوح به قوله ههنا أقول الظاهر أن قوله قيمة النقص من اضافة الموصوف الى الصفة وما كان ينبغي له ذلك (قوله بخلاف الغرس لانه ليس له نهاية معلومة فيقطع دفعا للضرر عن المالك) أقول انما قل أن يقول اذا كان وقت في الغرس كان له نهاية معلومة بالتوقيت فينبغي أن لا تؤخذ الارض منه هنا ايضا الى تمام ذلك الوقت مراعاة للحقين والجواب أن المراد أن الغرس ليس له في نفسه نهاية معلومة وبالتوقيت لا يتقرر له نهاية لجواز أن لا يقطع المستعير في تمام ذلك الوقت اما بعد منه خيانة نفسه أو بما نفع ينع عنه فيلزم أن يتضرر المالك بخلاف الزرع فان له في نفسه نهاية معلومة لا يتأخر عنه بالضرورة فاقترقا وأما ما قاله بعض الفضلاء من أن الضرر لصاحب البناء والغرس متعين سواء وقت أو لا اذ ليس له من نهاية معلومة فلا يمكن مراعاة الحقين بخلاف الزرع فليس يتام لان تعيين الضرر لصاحب البناء والغرس ممنوع اذ يجوز أن يسكن صاحب البناء في البناء شتاء ثم ينقض البناء اذا جاء الصيف وان يغرس صاحب الغرس الشجر ثم يقطع بعد مدة ليبيعه كما هو العادة فاذا وقت المعير العارية بالمدة المعتادة في نقض مثل ذلك البناء وقطع مثل ذلك الشجر ولم تؤخذ الارض من يد المستعير الى تمام تلك المدة لم يتضرر صاحب البناء والغرس أصلا وما يؤثر به هذا ما ذكره صاحب الكفاية وتاج الشريعة عند شرح قول المصنف ثم اذا لم يكن وقت العارية فلا ضمان عليه لان المستعير مغتر غير مغرور حيث قال فان قيل هو مغرور ولانه ان لم يوقت صريح المالك وقت دلاله لان البناء والغرس لا دوام فكانت الاعارة له توقينا قلنا البناء قد يبنى لمدة قليلة بأن يسكن شتاء ثم ينقض اذا جاء الصيف والشجر قد يغرس ثم يقطع بعد زمان لبيع كما هو العادة انتهى كلامهما تأمل ترشد (قوله لان الواجب على المستأجر التمكن والتخليه دون الرد فان منفعة قبضه سالمة للمؤجر معنى فلا يكون عليه مؤنة رده) قال صاحب النهاية فان قيل كما أن المنفعة سالمة للمؤجر فكذلك هي سالمة للمستأجر ايضا وهي الاتفاغ بمنافع العين المستأجرة قلنا ان المنفعة الحاصلة للمؤجر مال حقيقة وحكما وما حصل للمستأجر منفعة وليس بمال من كل وجه فكان اعتبار منفعة المؤجر أولى الى هذا أشار الامام المحبوبي وغيره في باب مسائل متفرقة من اجارات الجامع الصغير حيث قالوا وفي المستأجر المنفعة عائدة الى الأجرة لانه يتوصل به الى ملك الأجرة أكثر ما فيه أن لكل واحد منهم ما فيه منفعة لكن منفعة الأجرة أقوى لانه مال للعين وملك المستأجر في المنفعة والمنفعة تابعة للعين انتهى وقد أخذ منه صاحب العناية حيث قال ولا يعارض بأن المستأجر قد انتفع بمنافع العين المستأجرة لان منفعة الأجرة عين ومنفعة المستأجر منفعة والعين

بخلاف الغرس لانه ليس له نهاية معلومة فيقطع دفعا للضرر عن المالك قال (وأجرة رد العارية على المستعير) لان الرد واجب عليه لما قبضه لمنفعة نفسه والأجرة مؤنة الرد فتكون عليه (وأجرة رد العين المستأجرة على المؤجر) لان الواجب على المستأجر التمكن والتخليه دون الرد فان منفعة قبضه سالمة للمؤجر معنى فلا يكون عليه مؤنة رده (وأجرة رد العين المعصوبة على الغاصب) لان الواجب عليه الرد والاعادة الى يد المالك دفعا للضرر عنه فتكون مؤنته عليه قال (واذا استعار دابة فردها الى اصطلح مالكاها فهلكت لم يضمن) وهذا استحسان

على المستعير وأجرة رد العين المستأجرة على المؤجر وذلك لأن الأجرة مؤنة الرد فمن وجب عليه الرد وجب أجره والرد في العارية واجب على المستعير لانه قبضه لمنفعة نفسه والغرم بازاء الغرم وفي الاجارة ليس الرد واجبا على المستأجر وانما الواجب عليه التمكن والتخليه لان منفعة قبضه سالمة للمؤجر معنى فيكون عليه مؤنة رده لما ذكرنا ولا يعارض بأن المستأجر قد انتفع بمنافع العين المستأجرة لان منفعة الأجرة عين ومنفعة المستأجر منفعة والعين لكونه متبوعا أولى من المنفعة وعلى هذا كان أجرة رد المعصوب على الغاصب لان الواجب عليه الرد دفعا للضرر عن المالك فتكون المؤنة عليه ومن استعار دابة وردّها الى اصطلح مالكاها فهلكت لم يضمن

(قوله والغرم بازاء الغرم) أقول تأمل فيه (قوله فيكون عليه مؤنة رده لما ذكرنا) أقول من أن الغرم بالغرم

وفي القياس هو ضامن لانه تضبيع لارد و صار كذا المصوب أو الوديعة الى دار المالك من غير تسليم اليه لان الواجب على الغاصب فسح فعله وذلك بالرد الى المالك دون غيره وعلى المودع الرد الى المالك لا الى داره ومن في عياله لانه لو ارتضى بالرد الى عياله لما أودعها اياه وجه الاستحسان ان في العارية عسر فاليس في غيرها وهو ان رد العواري الى دار الملاك معتاد كالة البيت فانه لو ردها الى المالك لردها المالك الى المربط وعلى هذا اذا استعار (١١٢) عبد افردته الى دار المالك ولم يسلمه اليه لم يضمن ولو استعار عقد لؤلؤ لم

رده الا الى المعبر للعرف في الاول وعدمه في الثاني ومن استعار دابة فردها مع من في عياله كعبده وأجيريه مسانحة أو مشاهرة فهو صحيح لانها أمانة وله حفظها على يدهم كافي الوديعة وكذا اذا ردها مع عبد رب الدابة أو أجيره لوجود الرضا به من المالك ألا ترى أنه لو ردها اليه فهو ردها الى عبده واختلفوا في اشتراط كون هذا العبد ممن يقوم على الدواب فقبل به وقبل هو وغيره سواء وهو الاصح لوجود الدفع اليه في الجملة وان ردها مع أخني ضمن ودلت هذه المسئلة على أن المستعير لا يملك الإيداع قصدا كما قال بعض المشايخ وهو الكرخي ومن قال بأنه يملك الإيداع وهو مشايخ العراق أولوا هذه المسئلة بانتهاء الاعارة لانقضاء مدتها فكان انذاك مودعا وليس له أن يودع غيره فإذا أودعه وفارقه ضمن بالاتفاق كما تقدم وباقى كلامه ظاهرا لا يحتاج الى شرح

وفي القياس يضمن لانه ما ردها الى مالكها بل ضيعها وجه الاستحسان أنه أقي بالتسليم المتعارف لان رد العواري الى دار الملاك معتاد كالة البيت ولو ردها الى المالك فالمالك يردها الى المربط (وان استعار عبد افردته الى دار المالك ولم يسلمه اليه لم يضمن) لما بينا (ولو رد المصوب أو الوديعة الى دار المالك ولم يسلمه اليه ضمن) لان الواجب على الغاصب فسح فعله وذلك بالرد الى المالك دون غيره والوديعة لا يرضى المالك بردها الى الدار ولا اليد من في العيال لانه لو ارتضى اياه أو دعها اياه بخلاف العواري لان فيها عر فاحق لو كانت العارية عقد جوه لم يرددها الا الى المعبر لعدم ما ذكرناه من العرف فيه قال (ومن استعار دابة فردها مع عبده أو أجيره لم يضمن) والمراد بالاجير أن يكون مسانحة أو مشاهرة لانها أمانة وله أن يحفظها بيده من في عياله كافي الوديعة بخلاف الاجير مما ومة لانه ليس في عياله (وكذا اذا ردها مع عبد رب الدابة أو أجيره) لان المالك يرضى به ألا ترى أنه لو ردها اليه فهو يردده الى عبده وقبل هذا في العبد الذي يقوم على الدواب وقبل فيه وفي غيره وهو الاصح لانه ان كان لا يدفع اليه دائما يدفع اليه أحيانا (وان ردها مع أخني ضمن) ودلت المسئلة على أن المستعير لا يملك الإيداع قصدا كما قاله بعض المشايخ وقال بعضهم يملكه لانه دون الاعارة وأولوا هذه المسئلة بانتهاء الاعارة لانقضاء المدة قال (ومن أعار أرضا بيضاء للزراعة يكتب انك أطمعني عند أبي حنيفة رحمه الله وقال يكتب انك أعرتني) لان لفظة الاعارة موضوعية والكتابة بالموضوع أولى كافي اعارة الدار وله أن لفظه الاطعام أدل على المراد لانها تنخص الزراعة والاعارة تنظمها وغيرها كالبناء ونحوه فكانت الكتابة بها أولى بخلاف الدار لانها لا تعار الا للسكنى والله أعلم بالصواب

لكونه متبوعا أولى من المنفعة انتهى (أقول) في الجواب نظرا اذا الظاهر أن مرادهم بالمنفعة في قولهم ان منفعة الأجر عين هو الأجر كما صرح به في الكافي والاجر لا يلزم أن تكون عين البتة اذ قد صرحوا في كتاب الاجارات بأن الأجر قد تكون عيناً وقد تكون ديناً وقد تكون منفعة من خلاف جنس المعقود عليه فلم يصح القول بأن منفعة الأجر عين على الكلية فلم يتم الجواب (قوله وفي القياس يضمن لانه ما ردها الى مالكها بل ضيعها) قال صاحب العناية في تحرير المقام وفي القياس هو ضامن لانه تضبيع لارد و صار كذا المصوب أو الوديعة الى دار المالك من غير تسليم اليه لان الواجب على الغاصب فسح فعله وذلك بالرد الى المالك دون غيره وعلى المودع الرد الى المالك لا الى داره ومن في عياله لانه لو ارتضى بالرد الى عياله لما أودعها اياه اه كلامه (أقول) هذا منحصر بمختل فان قوله لان الواجب على الغاصب الخ كلامه المزبور يشعر بالفرق بين المقيس والمقيس عليه فلا ينبغي أن يذكروا في بيان وجه القياس كما لا يخفى ولهذا لم يذكروا أحدا سواه ههنا بل اتعاضوا عنه في محله فمما سبأ في كما ترى

(قوله وفي القياس هو ضامن لانه تضبيع لارد الى قوله لانه لو ارتضى بالرد الى عياله لما أودعها اياه) أقول (كتاب وفيه بحث فان هذين التعليقين يتضمنان التنبيه على الفرق بين المقيس والمقيس عليه فلا يناسب ذكرهما هنا) (قوله فكان انذاك مودعا) أقول بل يكون انذاك متعديا حتى اذا هلك في يده ضمن فكذا اذا تركه في يد الاجنبي ذكره الزيلعي فراجع نعم كونه كالمودع بعد انقضاء المدة قول بعض الاصحاب لكن الرجحان للتضمن وهو قول السرخسي واختيار قاضيان رحمه الله

﴿ كتاب الهبة ﴾

قد ذكرنا وجه المناسبة في الوديعة ومن محاسنها جلب المحبة وهي في اللغة عبارة عن إيصال الشيء إلى الغير بما ينفعه قال الله تعالى فهب لي من لدنك وليا وفي الشريعة عليك المال بلا عوض (وهو عقد مشروع) لقوله صلى الله عليه وسلم تهادوا وتحابوا (١١٣)

وعلى هذا انعقد الإجماع ونصح بالإيجاب والقبول والقبض) وهذا بخلاف البيع من جهة العاقدين أما من جهة الواهب فلأن الإيجاب كافٍ ولهذا لو حلف على أنه يهب عبده لفلان فهو هب ولم يقبل بر في عينه بخلاف البيع وأما من جهة الموهوب له فلأن الملك لا يثبت بالقبول بدون القبض بخلاف البيع (وقال مالك يثبت الملك فيما قبل القبض اعتبارا بالبيع وعلى هذا الخلاف الصدقة

﴿ كتاب الهبة ﴾

الهبة عقد مشروع لقوله عليه الصلاة والسلام تهادوا وتحابوا وعلى ذلك انعقد الإجماع (ونصح بالإيجاب والقبول والقبض) أما الإيجاب والقبول فلا نه عقد والقعد ينعقد بالإيجاب والقبول والقبض لا بد منه لثبوت الملك وقال مالك يثبت الملك فيه قبل القبض اعتبارا بالبيع وعلى هذا الخلاف الصدقة

﴿ كتاب الهبة ﴾

ذكرنا وجه المناسبة والترتيب في الوديعة وهو الترتيب من الأدنى إلى الأعلى ولأن العارية كلمة رد والهبة كالمركب لأن فيها تعليق العين مع المنفعة ثم محاسن الهبة لا تخص ولا تنحى على ذوي النهي فقد وصف الله تعالى ذاته بالوهاب فقال أنت العزير الوهاب وهذا يعني لمحاسنها ثم إن الهبة في اللغة أصلها من الوهب والوهاب ينسكن الهاء وتحرر بكها وكذلك في كل معتل الفاء كالوعد والعدة والوعظ والعظة فكانت من المصادر التي تحذف أو تلهو ويعوض في آخرها التاء ومعناها إيصال الشيء إلى الغير بما ينفعه سواء كان مالا أو غير مال يقال وهبه له مالا وهبا وهبة ويقال وهب الله فلانا ولدا أصالحا ومنه قوله تعالى فهب لي من لدنك وليا يرثني ويقال وهبه مالا ولا يقال وهب منه ويسمى الموهوب هبة وموهبة والجمع هبات ومواهب واتهم به منه قبله واستوهب طلب الهبة كذا في معراج الدراية وغيره وأما في الشريعة فهي عليك المال بلا عوض كذا في عامة الشروح بل المتون (أقول) يرد عليه النقص عكسا بالهبة بشرط العوض كما ترى ولم أر أحدا من شراح الكتاب حام حول التعرض للجواب عن هذا النقص ولا لا يراد مع ظهور وروده جدها غير أن صاحب الدرر والقرر قصد إلى الجواب عنه حيث قال في مثله هي تعليق عين بلا عوض وقال في شرحه أي بلا شرط عوض لأن عدم العوض شرط فيه لينتقض بالهبة بشرط العوض فتدبر اه كلامه (أقول) فيه نظر إذ لو كان المراد بقولهم بلا عوض في تعريف الهبة معنى بلا شرط عوض ليم ما كان بشرط العوض من الهبة بناء على ما تقر في العداوم العقلية من أن بلا شرط شيء أعم من بشرط شيء ومن بشرط لاشئ لكان تعريف الهبة صادقا على البيع أيضا كما لا يخفى فلزم أن ينتقض به طردا على عكس ما في المعنى الظاهر فلا يندفع المحذور بذلك بل يشهد ثم أقول يمكن الجواب عن أصل النقص بأنه يجوز أن يكون المراد بقولهم بلا عوض في تعريف الهبة بلا اكتساب عوض فالعنى إن الهبة هي عليك المال بشرط عدم اكتساب العوض فلا ينتقض بالهبة بشرط العوض فإنها وإن كانت بشرط العوض إلا أنها ليست بشرط الاكتساب ألا ترى أنهم فسروا البيع بمبادلة المال بالمال بطريق الاكتساب وقالوا خرج بقولنا بطريق الاكتساب الهبة بشرط العوض ثم أقول ببق في التعريف المزبور شيء وهو أنه يصدق على الوصية بما لا فاتها أيضا عليك المال بلا اكتساب عوض فلم يكن مانعا عن دخول الأعيان فلوزادوا قيد في الحال فقالوا هي عليك المال بلا عوض في الحال لخرج ذلك فإن الوصية عليك بعد الموت لا في الحال (قوله ونصح بالإيجاب والقبول الخ) قال صاحب النهاية أي نصح بالإيجاب وحده في حق الواهب

﴿ كتاب الهبة ﴾

(قوله قال الله تعالى فهب لي من لدنك وليا) أقول وظاهر أن الولي ليس بمال ولا مال قال المصنف (ونصح بالإيجاب والقبول) أقول قال العلامة الكاكي ه - وله ونصح بالإيجاب كقوله وهبت وشيء وكما يجيء أي نصح في حق الواهب بمجرد الإيجاب وفي حق الموهوب بالقبول والقبض لأن الهبة عقد تبرع فيتم بالتبرع

(١٥ تكمله - سابع) فصار هو عندنا بمنزلة الأقرار والوصية ولكن الموهوب له لا يملكه إلا بالقبول والقبض ونمرة ذلك فمن حلف لا يهب فوهب ولم يقبل الموهوب له يحنت أو حلف على أن يهب فلان فوهبه ولم يقبل بر في عينه عندنا انتهى ولا يذهب عليك عدم مطابقة الشرح للشرح

ولنا قوله عليه الصلاة والسلام لا تجوز الهبة الا مقبوضة والمراد في الملك لان الجواز بدونه ثابت

وبالاجاب والقبول في حق الموهوب له لان الهبة عقد تبرع فيتم بالتبرع فصار هو عندنا بمنزلة الاقرار
والوصية ولكن لا يملكه الموهوب له الا بالقبول والقبض وغرة ذلك تظهر فيما ذكرنا في مسائل متفرقة
من كتاب الايمان في قوله ومن حلف أن يهب عبده لفلان فوهب ولم يقبل فقد بر في عينه بخلاف
البيع اه كلامه واقتنى أثره صاحب معراج الدراية كما هو دأبه في أكثر المحال ونسج صاحب غاية
البيان معنى المقام على هذا المنوال أيضا وعزا الى الحصر والمختلف وبنى صاحب العناية أيضا كلامه
ههنا على اختيار هذا المعنى حيث قال في شرح هذا المقام وهذا بخلاف البيع من جهة العاقلين أما
من جهة الواهب فلان الاجاب كاف ولهذا لو حلف أن يهب عبده لفلان فوهب ولم يقبل بر في عينه
بخلاف البيع وأما من جهة الموهوب له فلان الملك لا يثبت بالقبول بدون القبض بخلاف البيع
اه والشارح العيني أيضا اقتنى أثره ولا عو بالجملة أكثر الشراح ههنا على ان الهبة تتم بالاجاب وحده
(أقول) هذا الذي ذكره وان كان مطابقا لحد الماذكره المصنف في مسائل متفرقة من كتاب الايمان
فانه قال هناك ومن حلف أن يهب عبده لفلان فوهب ولم يقبل بر في عينه خلافا لفرقائه يعتبره بالبيع
لانه تعليق مثله ولنا انه عقد تبرع فيتم بالتبرع ولهذا يقال ووهب ولم يقبل اه الا انه غير مطابق لما ذكره
في هذا المقام لان قوله أما الاجاب والقبول فلائنه عقد والعقد ينعقد بالاجاب والقبول بمنزلة الصريح
في ان عقد الهبة لا يتم الا بالاجاب والقبول كسائر العقود ويشهد به هذا أيضا قوله والقبض لا بد منه
لثبوت الملك اذ لو كان مراده ان الهبة عقد تبرع فيتم بالتبرع ولكن لا يملكه الموهوب له الا بالقبول
والقبض لقال والقبول والقبض لثبوت الملك وهذا كله مما لا ستره به عنده من له ذوق صحيح ثم ان صاحب
النهاية ومعراج الدراية قد كانا صراحي قبيل هذا الكلام بأن ركن الهبة هو الاجاب والقبول ولا يخفى ان
ذلك التصريح منه ما ينافي القول منهما ههنا بأن الهبة تتم بالاجاب وحده اذ لا شك أن الشيء لا يتم
بعض أركانه بدون حصول الآخر ضرورة انتفاء الكل بانتفاء جزء واحد منه واعلم ان صاحب الكافي
وصاحب الكفاية سلكا ههنا مسلكا آخر فقالا وركنها الاجاب والقبول لانهم اعقدوا قيام العقد
بالاجاب والقبول لان ملك الانسان لا ينتقل الى الغير بدون تملكه والزام الملك على الغير لا يكون بدون
قبوله وانما يبحث لو حلف أن لا يهب فوهب ولم يقبل لانه انما يمنع نفسه عما هو مقدوره وهو الاجاب
لا القبول لانه فعل الغير اه كلامهما (أقول) هذا التقرير وان كان مناسبا لما ذكره المصنف ههنا الا أنه غير
ملائم لما ذكره في مسائل متفرقة من كتاب الايمان كما نقلناه آنفا وأيضا يرد عليه أن التعليل المذكور
للبحث فيما لو حلف أن لا يهب فوهب ولم يقبل يقتضي أن يبحث أيضا فيما لو حلف أن لا يبيع فباع ولم
يقبل لان المقدور له في كل عقد هو الاجاب لا القبول مع أنه لا يبحث في صورة البيع كما صرحوا به
والحاصل ان كلمات القوم في هذا المقام لا تخلو عن الاضطراب وعن هذا قال صاحب غاية البيان وأما
ركنها فقد اختلف المشايخ فيه قال شيخ الاسلام خواهر زاده في مبسوطه هو مجرد اجاب الواهب وهو
قوله وهبت ولم يجعل قبول الموهوب له ركنا لأن العقد ينعقد بمجرد اجاب الواهب ولهذا قال علماءنا
اذا حلف لا يهب فوهب ولم يقبل يبحث في عينه عندنا وقال صاحب التصفه ركنها الاجاب والقبول
ووجهه ان الهبة عقد والعقد هو الاجاب والقبول الى هنا كلامه وقال صاحب البدائع أما ركن
الهبة فهو الاجاب من الواهب فأما القبول من الموهوب له فليس بركن استحسانا والقياس أن يكون
ركنا وهو قول زفر وفي قول قال القبض أيضا ركن وفائدة هذا الاختلاف تظهر فيمن حلف لا يهب هذا
الشيء لفلان فوهب له فلم يقبل انه يبحث استحسانا وعند زفر لا يبحث ما لم يقبل وفي قول ما لم يقبل

ولنا قوله صلى الله عليه
وسلم لا تجوز الهبة
الا مقبوضة أي لا يثبت
حكم الهبة وهو الملك اذ
الجواز ثابت قبل القبض
بالاتفاق

(ولانه عقد تبرع) وعقد التبرع لم يلزم به شيء لم يتبرع به (وفي اثبات الملك قبل القبض ذلك اذ فيه التزام التسليم) ورد بان المتبرع بالشئ قد يلزمه ما لم يتبرع به اذا كان من تمامه ضرر ورة تحججه كمن نذر ان يصلي وهو محدث لزمه الوضوء ومن شرع في صوم أو صلاة لزمه الاتمام وأجيب بأنه مغالطة فان ما لا يتم الشئ الابه فهو واجب اذا كان ذلك الشئ واجبا كما ذكر من الصور فانه يجب بالنذر أو الشرع وما لا يتم الواجب الابه فهو واجب والهبة عقد تبرع ابتداء وانتهاء فانه لو وهب وسلم جازله الرجوع فكيف قبل التسليم فلا يجب ما يتم به (بخلاف الوصية) فان الملك يثبت بها بدون القبض لانه لا الزام ثم زيادة على ما تبرع وذلك (لان أو ان ثبوت الملك فيها بعد الموت وحينئذ لا يتصور الالتزام على المتبرع لعدم أهلية الزوم) وهذا موافق لرواية الايضاح وقال في المبسوط ولان هذا عقد تبرع فلا يثبت الملك فيه بمجرد القبول كالوصية ألحق الهبة بالوصية ووجه ذلك ان عقد الهبة (١١٥) لما كان تبرعا كان ضعيفا في نفسه غير لازم

والملك الثابت للواهب كان قويا فالا لزول بالسبب الضعيف حتى ينضم اليه ما يتأيد به وهـ وفي الهبة التسليم وفي الوصية موت الموصي لتكون الموت ينافي الملكية فصح الالحاق (قوله) وحق الوارث متأخر جواب عما يقال الوارث يتخلف الموصي في ملكه فوجب أن يتوقف ملك الموصي له على تسليم الوارث اليه وتقرر به أن حق الوارث متأخر عن الوصية فلم يكن خليفة له فيها ليقام مقام الميت فلا معتبر بتسليمه لانه لم يملكها ولا قام مقام المال فيها (فان قبضها الموهوب له في المجلس بغير اذن الواهب جازا استحصانا وان قبض بعد الافتراق لم يجوز الا أن يأذن له الواهب في القبض والقياس أن لا يجوز في الوجهين وهـ وقول الشافعي لأن القبض

ولانه عقد تبرع وفي اثبات الملك قبل القبض الزام المتبرع شيئا لم يتبرع به وهو التسليم فلا يصح بخلاف الوصية لان أو ان ثبوت الملك فيها بعد الموت ولا الزام على المتبرع لعدم أهلية الزوم وحق الوارث متأخر عن الوصية فلم يملكها قال (فان قبضها الموهوب له في المجلس بغير أمر الواهب جاز) استحصانا وان قبض بعد الافتراق لم يجوز الا أن يأذن له الواهب في القبض) والقياس أن لا يجوز في الوجهين وهو قول الشافعي لان القبض تصرف في ملك الواهب اذ ملكه قبل القبض باق فلا يصح بدون اذنه ولنا أن القبض بمنزلة القبول في الهبة من حيث أنه يتوقف عليه ثبوت حكمه وهو الملك

ويقبض وأجمعوا على أنه اذا حلف لا يبيع هذا الشئ لفلان بباعه فلم يقبل أنه لا يبحث الى هنا كلامه (قوله) ولانه عقد تبرع وفي اثبات الملك قبل القبض الزام المتبرع شيئا لم يتبرع به وهو التسليم فلا يصح) يعني لو ثبت الملك بمجرد العقد توجه المطالبة عليه بالتسليم فيؤدي الى ايجاب التسليم على المتبرع وهو لم يتبرع به واجاب شئ لم يتبرع به بخلاف موضوع التبرعات بخلاف المعاوضات كذا في الكافي وبعض الشروع ورد بان المتبرع بالشئ قد يلزمه ما لم يتبرع به اذا كان من تمامه ضرر ورة تحججه كمن نذر ان يصلي وهو محدث لزمه الوضوء ومن شرع في صوم أو صلاة لزمه الاتمام وأجيب بأنه مغالطة فان ما لا يتم الشئ الابه فهو واجب اذا كان ذلك الشئ واجبا كما ذكر من الصور فانه يجب بالنذر أو الشرع وما لا يتم الواجب الابه فهو واجب والهبة عقد تبرع ابتداء وانتهاء فانه لو وهب وسلم جازله الرجوع فكيف قبل التسليم فلا يجب ما يتم به كذا في العناية أخذ من النهاية (أقول) فيه كلام أما أولا فلا ن قوله فانه لو وهب وسلم جازله الرجوع فكيف قبل التسليم منقوض بالهبة للقريب وبالهبة المعوض عنها وبغيرهما عما يتحقق فيه المانع عن الرجوع كإسائي وأما ثانيا فلا نة اذا جازله الرجوع قبل التسليم وبعده لم يكن في اثبات الملك قبل القبض الزام المتبرع شيئا لم يتبرع به وهو التسليم اذ يجوز الرجوع قبل التسليم ينتفي لزوم التسليم فمن أين يجب الزام التسليم فليتأمل في الدفع (قوله) ولنا أن القبض بمنزلة القبول في الهبة من حيث أنه يتوقف عليه ثبوت حكمه وهو الملك قال الشراح قوله في الهبة متعلق بالقبض لا بالقبول فالمعنى ان القبض في الهبة بمنزلة القبول في البيع من حيث ان الحكم وهو الملك يتوقف عليه في الهبة كما يتوقف على القبول في البيع وبه صرح في المبسوط وأشار اليه في الايضاح وقال بعض الفضلاء ولا أدري ما المانع عن تعلقه بالقبول فان التوقف

تصرف في ملك الواهب لان ملكه قبل القبض باق) بالاتفاق (والتصرف في ملك الغير بدون الاذن غير صحيح ولنا) وهو وجه الاستحسان في الاول (أن القبض في الهبة بمنزلة القبول) في البيع (من حيث ان الحكم وهو ثبوت الملك يتوقف عليه) فيها كما يتوقف على القبول فيه فقوله في الهبة متعلق بقوله أن القبض لا بقوله القبول

قال المصنف (وهو التسليم فلا يصح) أقول قال الكاكي لا يقال ان الملك يقع على وجه لا يوجب التسليم لانه لا يفيد اذا فائدة الملك التمكن من التصرفات وذا انما يكون اذا كان بسبيل من قبضه انتهى وفيه بحث (قوله) فقوله في الهبة متعلق بقوله ان القبض لا بقوله القبول) أقول ولا أدري ما المانع عن تعلقه بالقبول فان التوقف لا يستلزم الايجاب التام قال العلامة الكاكي وصاحب النهاية قوله في الهبة متعلق بالقبض لا بالقبول أي القبض في الهبة بمنزلة القبول في البيع وبه صرح في المبسوط وأشار اليه في الايضاح انتهى وليس فيما لا ما يدل على عدم استقامة المعنى اذا تعلق بالقبول

لا يستلزم الإيجاب التام اه (أقول) لعل المانع عنه أمران أحدهما أن المتبادر من كون الشيء بمنزلة الشيء أن يكون قائما مقامه وهذا لا يتصور فيما إذا كانا في عقد واحد كالقبض والقبول في الهبة فان كلامهما حينئذ يعطى حكم نفسه بنفسه فلا يأخذ أحدهما حكم الآخر فلا يوجد نزول أحدهما منزلة الآخر وقيام مقامه بخلاف ما إذا كانا في عقدين مختلفين كالقبض في الهبة والقبول في البيع فانه يجوز حينئذ أن يأخذ أحدهما حكم الآخر فيكون بمنزلة وعن هذا قال في المبسوط ولما كان القبض في الهبة بمنزلة القبول في البيع أخذ حكم القبول في البيع وثانها أن التوقف وإن لم يستلزم الإيجاب التام الآن القبول في الهبة كالأبواب ثبوت حكم عقد الهبة وهو الملك لا يتوقف عليه أيضا ثبوت حكم عقد الهبة لثبوت حكمه بدون تحقق القبول فانه لو قال وهب لك هذا الشيء فقبضه الموهوب له من غير قبول صح وملكه لو جرد القبض نص عليه الامام الزلي في التبيين وذكر في الذخيرة أيضا فلا يصح أن يقال إن القبض في الهبة بمنزلة القبول في الهبة من حيث أنه يتوقف عليه ثبوت حكمه وهو الملك بخلاف القبول في البيع فانه لا يثبت الملك قطعا ولا يصح عقد البيع أصلا بدون تحقق القبول فيه وهذا الوجه الثاني قطعي في المنع كما ترى وطعن صاحب الغاية في قول المصنف ولنا إن القبض الخ حيث قال وكان ينبغي أن يقول وجه الاستحسان لان ذلك كالمقياس والاستحسان ولم يذكر قول الخصم في المتن فلم يكن قوله ولنا مناسبا اه وقصد الشارح العيني دفع ذلك فقال بعد نقله فالتأني كان القياس هو قول الشافعي وجه الاستحسان قولنا فاسب أن يقول ولنا وإن لم يصح ذكر الشافعي اه (أقول) أن تحقق خصم بأخذ القياس في هذه المسئلة مما يجوز أن يقول ولنا إجماعا إلى وقوع منازع في هذه المسئلة وأما مناسبة هذا القول وحسنه فأنما يحصلان عند كتحالف الخصم فيما قبل كالموتعارف المعتاد ومراد صاحب الغاية مؤاخضة المصنف بتقوية المناسبة في تحريره لأنني الصحة والجواز عن كلامه بالكلية فلا بد فعه ما قاله الشارح العيني كما لا يخفى واعتراض على الدليل المزبور بأن ملو كان القبض بمنزلة القبول لما صح الأمر بالقبض بعد المجلس كما لا يصح أمر البائع المشتري بالقبول بعد المجلس وأجيب بأن الإيجاب من البائع شرط العقد ولهذا لو حلف لا يبيع فباع ولم يقبل المشتري لايهنت فأما إيجاب الواهب فعقد تام بدليل أنه لو حلف لا يهب فوهب ولم يقبل لم يهت استحسانا فيقف على ما وراء المجلس فيصح الأمر بالقبض وقبضه بعد المجلس وهذا السؤال والجواب مذكوران في عامة الشروح وعزاها في النهاية ومعراج الدراية إلى المختلفات (أقول) في الجواب بحث أما أولا فلا بد لا يدفع السؤال المذكور بل يقرره لان حاصل ذلك السؤال القدر في المقدمة القائلة إن القبض بمنزلة القبول بأنه لو كان كذلك لما صح في القبض ما لا يصح في القبول من التأخير إلى ما بعد المجلس وحاصل الجواب بيان الفرق بين إيجاب الواهب وإيجاب البائع بأن الأول عقد تام والثاني شرط العقد وجعل هذا الفرق مدار الصحة القبض بالانذار به للمجلس في الهبة وعدم صحة القبول بالأمر بعد المجلس في البيع وخلاصة هذا بيان لصحة القبض في الهبة بعد المجلس وعدم صحة القبول في البيع بعده وهذا لا يدفع القدر في قولهم إن القبض في الهبة بمنزلة القبول في البيع بل يقرر ذلك كما لا يخفى وأما ثانيا فلا نهم صرحوا بأن الحكم في البيع الفاسد على هذا التفصيل المذكور في الهبة لا يقتضيه أيضا إلى القبض كما ذكر في الكافي وفي غاية البيان نقلنا عن مبسوط شيخ الاسلام خواهر زاده ولا يخفى أن الجواب المذكور لا يمتشي في تلك الصورة رأسا لان الإيجاب في البيع الصحيح والإيجاب في البيع الفاسد شيان في كونهما شرط العقد لا تمامه فلا يتم الفرق المزبور هناك وأورد به بعض الفضلاء على الجواب المذكور بوجهين آخرين حيث قال فيه بحث فانه لو صح ما ذكره لماز القبول بعد المجلس بأمر الواهب وأيضا

(والقصود منه) أي مقصود الواهب من عقد الهبة (اثبات الملك) له وهوبه وإذا كان كذلك (فيكون الإيجاب منه تسلطاً على القبض) محصلاً لمقصوده فكان إذا نادى له (ولا كذلك القبض بعد الافتراق لانا إنما أثبتنا التسليط فيه الحاقاً بالقبض والقبول بتعديده بالجلس فكذا ما قام مقامه) فان قبل يلزم على هذا ما إذا نهى عن القبض فان التسليط موجود ولم يجره القبض أجاب بقوله (بمخلاف ما إذا نهى) يعني صريحاً (في المجلس لأن الدلالة لا تعمل في مقابلة الصريح) وفيه بحثان الأول أنه لو كان القبض بمنزلة القول لم يصح الأمر بالقبض بعد المجلس كالبيع والثاني أن مقصود البائع من البيع ثبوت الملك للمشتري ثم إذا تم الإيجاب والقبول والمبيع حاضر لم يجعل الإيجاب البائع تسلطاً على القبض حتى لو قبضه المشتري بدون إذنه (١١٧) جازله أن يسترده ويحبسه لأن

والقصود منه إثبات الملك فيكون الإيجاب منه تسلطاً على القبض بخلاف ما إذا قبض بعد الافتراق لانا إنما أثبتنا التسليط فيه الحاقاً بالقبول والقبول بتعديده بالمجلس فكذا ما يلحق به بخلاف ما إذا نهى عن القبض في المجلس لأن الدلالة لا تعمل في مقابلة الصريح

هذا الكلام يناقض ما تقدم من المصنف أنه عقد والعقد ينقد بالإيجاب والقبول اهـ (أقول) كلا وجهي بحسنه ساقط أما الأول فلأن الملازمة في قوله لوصح ما ذكره لجازا القول بعد المجلس بأمر الواهب مسألة فاما بطلان الثاني فممنوع إذ قد ذكرنا فيما مر أنفائه لو قال وهبتك هذا الشيء فقبضه الموهوب له من غير قبول صح على ما نص عليه في التبيين وذكر في الأخيرة أيضاً فإذا صح عقد الهبة من غير قبول أصلاً فلا ينصح بالقبول بعد المجلس بأمر الواهب أولى كما لا يخفى وأما الثاني فلا نأخذ بطلان البدائع فيما مر أن ركن الهبة هو الإيجاب من الواهب وأما القول من الموهوب له فليس بركن استحساناً والقياس أن يكون ركناً فإدراج الجواب المذكور على الاستحسان ومدار ما تقدم من المصنف على القياس فلا تناقض بينهما كيف وقد صرح المصنف نفسه في مسائل متفرقة من كتاب الإيمان بأن الهبة عقد تبرع فتمت بالتبرع ولهذا يقال وهب ولم يقبل والعاقلة لا يشككم بما يناقض كلام نفسه فوجه التوفيق حل أحدهما على القياس والآخر على الاستحسان (قوله والمقصود منه إثبات الملك فيكون الإيجاب منه تسلطاً على القبض) يعني أن مقصود الواهب من عقد الهبة إثبات الملك للموهوب له وإذا كان كذلك فيكون الإيجاب منه تسلطاً على القبض تحصيلاً لمقصوده فكان إذا نادى له ونقض هذا بفصل البيع فان مقصود البائع من إيجاب عقد البيع هو ثبوت الملك للمشتري ثم إذا تم الإيجاب والقبول هناك والمبيع حاضر لا يجعل إيجاب البائع تسلطاً على القبض حتى أن المشتري لو قبض المبيع بغير إذن البائع قبل نقد الثمن جاز للبائع أن يسترده ويحبسه حتى يأخذ الثمن وأجيب بأننا نسلم أن مقصود البائع من عقد البيع ثبوت الملك للمشتري بل مقصوده منه تحصيل الثمن لا غير وثبوت الملك للمشتري ضمنى لا قصدى فلا معتبر به كذا في الشروح (أقول) لا يرد النقض المذكور رأساً إذ لو سلم أن مقصود البائع من إيجاب عقد البيع هو ثبوت الملك للمشتري فكذلك المقصود يحصل بقبول المشتري من غير توقف على القبض فان القبض ليس بشرط لثبوت الملك للمشتري فلا مقتضى لجعل إيجاب البائع تسلطاً على القبض لحصول مقصوده بدون ذلك بخلاف فصل الهبة كما نقرر (قوله بمخلاف ما إذا قبض بعد الافتراق لانا إنما أثبتنا التسليط فيه الحاقاً بالقبول والقبول بتعديده بالمجلس فكذا ما يلحق به)

وأجيب عن الأول بأن الإيجاب من البائع شرط العقد ولا يتوقف على ما وراء المجلس وفي الهبة وحده عقد تام وهو يتوقف على ما وراءه وعن الثاني بأننا نسلم أن مقصود البائع من عقد البيع ثبوت الملك للمشتري بل مقصوده منه تحصيل الثمن لا غير وثبوت الملك له ضمنى لا معتبر به

(قوله وفيه بحثان الأول أنه لو كان القبض بمنزلة القول لم يصح الأمر بالقبض بعد المجلس كالبيع) أقول فيه فوجر كما (قوله وأجيب عن الأول بأن الإيجاب من البائع شرط العقد) أقول ولهذا الوجه لا يبيع فباع ولم يقبل المشتري لا يحنث (قوله وفي الهبة وحده عقد تام وهو يتوقف على ما وراءه) أقول هكذا وقع في هذه النسخة موافقاً لما في سائر الشروح وفيه بحث فانه لو صح ما ذكره لجازا القول

بعد المجلس بأمر الواهب وأيضاً هذا الكلام يناقض ما تقدم من المصنف من أنه عقد والعقد ينقد بالإيجاب والقبول وأما قصة الحلف فأمرها سهل لكون مبناها على العرف ولعل الأولى أن يقال في الجواب القبض بمنزلة القول وليس به حقيقة فبالنظر إلى كونه بمنزلة جواز القبض في المجلس بلا إذن الواهب وبالنظر إلى التغاير حقيقة صح الأمر بالقبض بعد المجلس أي نادى بالقبض رتبته عن القول فتأمل ووقع في بعض النسخ وخدع عقد تام فلا يرد عليه هذا البحث نعم يرد على ما في الشروح الآخر قد بـ (قوله وعن الثاني بأننا نسلم أن مقصود البائع الخ) أقول ولو سلم أن المقصود بذلك قبض المبيع ثم المقصود يحصل للملك للمشتري ولا يتوقف على القبض حتى يرد ما ذكره وأما حق الاسترداد فلهكون المبيع قبل نقد الثمن كالموهوب فان قيل - قال الرجوع ثابت في الهبة أيضاً فلا ينافي ذلك كون الإيجاب تسلطاً فلماذا لا تفي الهبة ليس بكل الأثر إلى ما وقع الرجوع في الهبة بخلاف البيع فتأمل

قال (وتنقده الهبة بقوله وهبت ونحلت وأعطيت) لأن الاول صريح فيه والثاني مستعمل فيه قال عليه الصلاة والسلام أكل أولادك نحلته مثل هذا وكذلك الثالث يقال أعطاك الله وهبك الله يعني واحد (وكذا تنقده بقوله أطعمتك هذا الطعام وجعلت هذا الثوب لك وأعرتك هذا الشيء ونحلتك على هذه الدابة إذا نوى بالحلان الهبة) أما الاول فلأن الطعام إذا أضيف الى ما يطعم عنه يراد به تعليق العين أقول لقائل أن يقول إنما ألحق القبض في الهبة بالقبول في البيع من حيث إن حكم العقد وهو الملك يتوقف عليه في الهبة كما يتوقف على القبول في البيع كما تقرر فيما مر آنفاً من جميع الحيات لا ترى أن القبض في الهبة ليس بركن العقد بل هو خارج عنه شرط لثبوت الملك بخلاف القبول في البيع فإنه ركن داخل لا يتم العقد بدونه وإذا كان كذلك فلا يلزم من أن يتقيد القبول بالمجلس أن يتقيد ما يلحق به من الحيثية المذكورة بالمجلس أيضاً فإن تقيد القبول بالمجلس من أحكام كونه ركنًا دخلاً في العقد ولهذا لا يصح القول بعد المجلس بأمر البائع أيضاً فلا يتعدى الى ما ليس بركن داخل في العقد وهو القبض وإن كان ملحقاً بالقبول من جهة كونه موقوفاً عليه لثبوت حكم العقد ولا يلزم أن لا يصح القبض بعد المجلس بالاذن أيضاً فتأمل والاولى في تقرير روجه الاستحسان في مسئلتنا هذه ما ذكره شيخ الاسلام في مبسوطه ونقل عنه صاحب الغاية وهو انه لا بد لبقاء الإيجاب على الصحة من القبض لأن القبض متى فات بالهلاك قبل التسليم لا يبقى الإيجاب صحها وإذا كان من ضرورة بقاء الإيجاب من الواجب على الصحة وجود القبض لا محالة كان الاقدام على الإيجاب له إذا لا لوهوب له بالقبض اقتضاء كما في باب البيع جعلنا اقدام البائع على الإيجاب إذا لا لثبوت القبول مقتضى بقاء الإيجاب على الصحة الآن ما ثبت اقتضاء ثبوت ضرورة والناتية بالضرورة بتقدير ضرورة والضرورة ترفع بثبوت الاذن في المجلس لأن الإيجاب يسبق صحبته في قبض في المجلس فلا يعتبر ثباتاً فيما وراء المجلس بخلاف ما لو ثبت نصالان الثابت نصاً ثابت من كل وجه فيثبت في المجلس وبعد المجلس انتهى (قوله) أما الاول فلأن الطعام إذا أضيف الى ما يطعم عنه يراد به تعليق العين (قال صاحب غاية البيان ولنا في تقرير صاحب الهداية نظر لانه قال ان الطعام إذا أضيف الى ما يطعم عنه يراد به تعليق العين فعلى هذا ينبغي أن يكون المراد من الطعام في الكفارة التملك لا الإباحة كما هو مذهب الخصم لأن المراد من الطعام طعام الطعام والطعام يؤكل عينه فكان الطعام في الآية مضافاً الى ما يطعم عنه فافهم انتهى كلامه (أقول) يمكن الجواب عن هذا النظر بأن مراد المصنف بالاضافة الى ما يعطى عينه أن يذكر ما يطعم عينه ويجعل مفعولاً ثانياً لا طعام وفي آية الكفارة لم يكن الامر كذلك فكان الطعام مفعولاً على أصل وضعه وهو الإباحة ورسلته الى هذا التوجيه انه قال في تنقيح الاصول في أوائل التقسيم الرابع وفي قوله تعالى اطعام عشرة مساكين إشارة الى أن الأصل فيه هو الإباحة والتمليك ملحق به لأن الطعام جعل الغرطاعماً لا يجعله مالاً كما وألحق به التملك دلالة لأن المقصود قضاء حوائجهم وهي كثيرة فأقيم التملك مقامها انتهى. وقال في التساويح وأما نحو أطعمتك هذا الطعام فأما كان هبة وتمليكا بقرينة الحال لانه لم يجعله طاعماً قالوا والضابط انه إذا ذكر المفعول الثاني فهو لتمام التملك والافلا بإباحة انتهى فتأمل ترشد ثم انه قد ذكر في المحيط البرهاني نقلاً عن الأصل وإذا قال أطعمتك هذه الأرض فهو عارية ولو قال أطعمتك هذا الطعام فإن قال فاقبضه فهو هبة وإن لم يقل فاقبضه يكون هبة أو عارية انتهى (أقول) لا يذهب على ذي فطنة أن اطلاق رواية الكتاب وتعليق المصنف بما ذكره لا يطاقان رواية الأصل لأن الظاهر منهما أن يكون قوله أطعمتك هذا الطعام هبة مطلقاً ورواية الأصل صريح في أن قوله المذكور أعني يكون هبة إذا قيد بقوله فاقبضه وأما ما لم يقيد بذلك فيجتمعا الامر برأي

(قوله وقد تقدم لنا القول الخ) أقول في أوائل العارية قال المصنف (وأما الاول فلأن الطعام إذا أضيف الى ما يطعم عنه يراد به تعليق العين) أقول في التلويح قالوا والضابط انه إذا ذكر المفعول الثاني فهو التملك والافلا بإباحة انتهى ولعل المراد من الاضافة الى ما يطعم عنه ما ذكره في التساويح من جعله مفعولاً ثانياً فلا يراد ما أورده المولى يعقوب باشا في حواشي شرح الوفاية

وبقوله عليه الصلاة والسلام
(ولورثته من بعده) أي ولورثة
الممثلة من بعده الممثلة
يعني تثبت به الهبة ويبطل
ما اقتضاء من شرط الرجوع
وكذا لو شرط الرجوع
صريحاً يبطل شرطه وقوله
(لما قلنا) إشارة إلى قوله فلان
حرف اللام التمليك وقوله
(فلان الجل هو الراكب
حقيقة) يعني أنه تصرف في
المنافع (فيكون عارية) إلا
أن يقول صاحب الدابة
أردت الهبة لأن اللفظ قد
يذكر التمليك فلا نفوى
يتمثل لفظه فيما فيه
تشديد عليه عملت نيته
لا يقال هذا يناقض ما تقدم
في العارية من قوله لانهما
تمليك العين وعند عدم
إرادته الهبة يحمل على
تمليك المنافع مجازاً لما
أشرنا إليه هناك أن قوله
لانهما التمليك العين يعني
في العرف فاستعماله في
المنافع مجاز عرفي فيكون
قوله ههنا لان الجل هو
الراكب حقيقة يعني في
اللفظ فاستعماله في الحقيقة
العرفية مجاز لغوي

(قوله لان الجل هو الراكب
حقيقة يعني أنه تصرف في
أقول ضمير أنه راجع إلى
الجل (قوله لما أشرنا إليه الخ)
أقول جواب لقوله لا يقال
هذا يناقض ما تقدم الخ

بجملته ما إذا قال أطعمتك هذه الأرض حيث تكون عارية لان عينها لا تطعم فيكون المراد كل غلتها
وأما الثاني فلان حرف اللام التمليك وأما الثالث فلقوله عليه الصلاة والسلام فن أعرى فمضى للمعمر له
ولورثته من بعده وكذا إذا قال جعلت هذه الدار لك عمرى لما قلنا وأما الرابع فلان الجل هو الراكب
حقيقة فيكون عارية لكنه يحتمل الهبة يقال جل الأمير فلان على فرس ويراد به التمليك فيعمل عليه
عند نيته (ولو قال كسوتك هذا الثوب يكون هبة) لانه يراد به التمليك قال الله تعالى
أو كسوتهم ويقال كسا الأمير فلان أو بأي ملكه منه

الهبة والعارية وان النظر المذكور لا يتجه أصلاً على ما في رواية الأصل لان التمليك انما يستفاد على
هاتيك الرواية من قوله فاقبضه لامن لفظ الاطعام فلا ينافي أن يكون الاطعام في آية الكفارة على
أصل وضعه وهو الالباحة (قوله بخلاف ما إذا قال أطعمتك هذه الأرض حيث تكون عارية لان عينها
لا تطعم فيكون المراد اطعام غلتها) أقول لقائل أن يقول كون الأرض مما لا يطعم عينه انما يقتضي
أن لا يكون الاطعام المضاف إليها على حقيقة ولا يقتضي أن لا يراد به تملك العين مجازاً كما أراده ذلك إذا
أضيف إلى ما يطعم عينه فانهم جعلوا هناك على تملك العين مع أن حقيقة الاطعام جعل الغير طامعاً أي
أكلاً لا جعله مالكاً كما صرحوا به والجواب انه وإن أمكن أن يراد بالاطعام المضاف إلى مثل الأرض تملك
العين مجازاً لكن هذا التجوز ليس بمتعارف في مثل ذلك وانما المتعارف أن يراد اطعام الغلة على طريق
ذكر المحل وإرادة الحمال كما أن المتعارف فيما إذا أضيف الاطعام إلى ما يطعم عينه أن يراد به تملك
العين وكلام القائل انما يجب حمله على المتعارف لا على كل ما حتم له اللفظ تدبر (قوله وكذا إذا قال
جعلت هذه الدار لك عمرى لما قلنا) قال صاحب العناية قوله لما قلنا إشارة إلى قوله فلان حرف اللام التمليك
واقنى أثره الشارح العيني وسكت غيرهما عن البيان (أقول) الظاهر أن قول المصنف هذا إشارة إلى
قريبه وهو قوله فلقوله عليه الصلاة والسلام فن أعرى فمضى للمعمر له ولورثته من بعده ويدل على
هذا ذكر هذه الصورة في ذيل الثالث اذ لو كان مراده ما قاله الشارحان المزبوران لذكرها في ذيل
الثاني بل لو كان مراده ذلك لما ذكرها أصلاً اذ سبق ذكرها إذا قال جعلت هذا الثوب لك وهو الذي
قاله وأما الثاني ولا يرى أثر فرق بينه وبين ما إذا قال جعلت هذه الدار لك عمرى الا بشتمال هذه الصور
على لفظة عمرى دون ما سبق فلو كان مراده بقوله لما قلنا كون اللام في قوله لك التمليك لا كون لفظة
العمرى لاثبات الملك للمعمر له لكان ذكر هذه الصورة مستدركا كما لا يخفى فان قلت لو كان مراده ما ذكرته
لفعال المارون كما هو دأبه عند قصده الإشارة إلى السنة قلت كأن الشارحين المزبورين اغتربا بذلك
ولكن يمكن التوجيه بجعل ما في قوله لما قلنا عبارة عن قول نفسه وهو قوله فلقوله عليه الصلاة والسلام
لا عن نفس الحديث وقد أشرنا إليه في تحرير مراده فتبصر (قوله وأما الرابع فلان الجل هو الراكب
حقيقة فيكون عارية لكنه يحتمل الهبة يقال جل الأمير فلان على فرس ويراد به التمليك فيعمل عليه
عند نيته) يعني أن الجل تصرف في المنفعة فيكون عارية إلا أن يقول صاحب الدابة أردت الهبة لأن
هذا اللفظ قد يذكر التمليك العين فلا نفوى ما يحتمله لفظه وفيه تشديد عليه عملت نيته قال في الكفاية
فان قيل كيف يستقيم قوله ان حقيقة الراكب وقد ذكر في العارية أن قوله جعلت التمليك العين
قلنا حقيقة الراكب نظر إلى الوضع وهو تملك العين في العرف والاستعمال لكن الحقيقة ما صارت
مهمجرة بالعرف فكان هذا في معنى الاسم المشتركة انتهى وذكر صاحب العناية فحوى ذلك
بعبارة أخرى حيث قال لا يقال هذا يناقض ما تقدم في العارية من قوله لانهما التمليك العين وعند
عدم إرادته الهبة يحمل على تملك المنافع مجازاً لما أشرنا إليه هناك ان قوله لانهما التمليك العين

(ولو قال ممتلك هذه الجارية كانت عارية لما روينا من قبل) يعني ما تقدم في كتاب العارية من قوله عليه الصلاة والسلام المنفعة مردودة وقوله (ولو قال داري لك هبة سكتي) (١٢٠) أو سكتي هبة) انما هو بنصب هبة في الموضوعين اما على الحال أو التمييز لما في قوله

داري لك من الابهام وقوله (لان العارية محكم في تعليق المنافع) كان الواجب أن يقول لان سكتي محكم في تعليق المنافع اذ هو المذكور في كلامه ويجوز أن يقال سكتي لا يحتمل الا العارية فعبر عنه بالعارية (ولو قال هبة تسكتها فهي هبة لان قوله تسكتها مشورة وليس بتفسيره وهو تنبيه على المقصود) أنه ملكه الدار عمره ليسكتها وهو معلوم وان لم يذكره فلا يثبت به حكم التملك عن ذلة قوله هذا الطعم لا تأكله وهذا الثوب لا تلبسه فان شاء قبل مشورته وفعل ما قال وان شاء لم يقبل (بخلاف قوله هبة سكتي لانه تفسيره) والفرق بينهما أن قوله سكتي اسم فجاء أن يقع تفسير الاسم آخر بخلاف قوله تسكتها لكونه فعلا وقيل لان قوله تسكتها فعل مخاطب فلا يصلح تفسيره لقول المتكلم

(قوله والفرق بينهما ما أن قوله سكتي اسم فجاء أن يقع تفسير الاسم آخر بخلاف قوله تسكتها لكونه فعلا) أقول لا يقال له نظائر كثيرة من جعلها هل أدلكم على تجارة تنجيكم من عذاب أليم تؤمنون بالله الآية لانه تبيين لا تفسير وبينهما فرق (قوله وقيل لان قوله تسكتها فعل مخاطب فلا يصلح تفسيره لقول المتكلم) أقول وفيه بحث ونحافة لما سبق من المصنف في كتاب المضاربة

(ولو قال ممتلك هذه الجارية كانت عارية لما روينا من قبل) (ولو قال داري لك هبة سكتي أو سكتي هبة فهي عارية) لان العارية محكم في تعليق المنفعة والهبة تحتلها وتحتمل تعليق العين فيصير المحتمل على الحكم وكذا اذا قال عمري سكتي أو تحملي سكتي أو سكتي صدقة أو صدقة عارية أو عارية هبة لما قدمناه (ولو قال هبة تسكتها فهي هبة) لان قوله تسكتها مشورة وليس بتفسيره وهو تنبيه على المقصود بخلاف قوله هبة سكتي لانه تفسيره

يعني في العرف فاستعماله في المنافع مجاز عر في فيكون قوله ههنا لان العمل هو الار كالب حقيقة يعني في اللغة فاستعماله في الحقيقة العرفية مجاز لغوي انتهى (أقول) بقي اشكال وهو انه قد تقر في كتب الاصول أنه اذا كانت الحقيقة مستعملة والمجاز متعارفا فعند أبي حنيفة رحمه الله المعنى الحقيقي أولى والعمل به وعندهما المعنى المجازي أولى والعمل به أو اما اذا كانت الحقيقة مبهورة فالعمل بالمجاز اتقا فاذا عرفت ذلك ففي ما نحن فيه لم تكن الحقيقة مبهورة كما صرحوا به فعلى مقتضى الاصل المذكور يلزم أن يكون العمل عند أبي حنيفة بمجاوزة حقيقة بحسب الوضع وهو الار كالب وعندهما بمجاوزة المستعمل فيه بحسب العرف وهو تعليق العين فبني أن يحمل العمل على العارية عند عدم ارادة الهبة على أصل أبي حنيفة وان يحمل على الهبة وان لم ينوها على أصلهما مع أن وضع المسئلة في هذا الكتاب وسائر الكتب المعتمدة على الاول من غير أن يذكر الخلاف في شيء منها فليتامر ثم ان قول صاحب الكفاية فكان هذا في معنى الاسم المشترك ليس بسديد لان حكم المشترك التأمل فيه حتى يرجح أحد معنييه أو معانيه بالدلالة أو الأمارات على ما تقرر في علم الاصول وفيما نحن فيه ان قوى الهبة يحمل عليها وان لم ينوها يحمل على العارية من غير تأمل ولا توقف فأين هذا من ذلك (قوله ولو قال ممتلك هذه الجارية كانت عارية لما روينا من قبل) يعني ما ذكر في كتاب العارية من قوله عليه الصلاة والسلام المنفعة مردودة كذا في الشروح (أقول) ههنا كلام أما أولافلان المتبادر من ذكر هذه المسئلة منفصلة عن مسئلة العمل وعدم تقييدها بعدم ارادة الهبة أن يكون قوله ممتلك هذه الجارية عارية وان قوى بالمنفعة الهبة وقد ذكر في كتاب العارية أن قوله ممتلك هذا الثوب وقوله حملتك على هذه الدابة عارية اذا لم يرد معهما الهبة وقال في التعليل لان ممتلك العين وعند عدم ارادة الهبة يحمل على تعليق المنافع تجوزا فكان بين كلاميه في المقامين نوع تناقض وأما ثانيافلان تعليل هذه المسئلة بما ذكر في كتاب العارية من قوله عليه الصلاة والسلام المنفعة مردودة فمناظر فيه اذ قد ذكر في المحيط نقلا عن الاصل انه اذا قال ممتلك هذا الدراهم أو هذا الطعم فهو هبة ولو قال ممتلك هذه الارض أو هذه الجارية فهو عارية وقال فالاصل ان لفظة المنفعة اذا أضيفت الى ما لا يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه فهو هبة واذا أضيفت الى ما يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه فهو عارية انتهى وهكذا ذكر في عامة المعتمرات وقوله عليه الصلاة والسلام المنفعة مردودة لا يفرق بين الفصلين فتعليل الفصل الثاني به ينتقض بالفصل الاول فتأمل في التوجيه (قوله لان قوله تسكتها مشورة وليس بتفسير) اذا فعل لا يصلح تفسير الاسم كذا في المبسوط والمحيط وعليه عامة الشراح قال تاج الشريعة لان قوله تسكتها فعل مخاطب فلا يصلح تفسيره لقول المتكلم ونقله صاحب العناية بقيل بعد أن ذكر محتار العامة (أقول) ليس هذا صحيح لان قوله تسكتها ليس بفعل مخاطب وانما فعل المخاطب السكتي الذي دل عليه لفظ تسكتها والكلام في عدم صلاحية هذا اللفظ للتفسير فهل يقول العاقل ان لفظ التسكلم فعل

المخاطب

أليم تؤمنون بالله الآية لانه تبيين لا تفسير وبينهما فرق (قوله وقيل لان قوله تسكتها فعل مخاطب فلا يصلح تفسيره لقول المتكلم) أقول وفيه بحث ونحافة لما سبق من المصنف في كتاب المضاربة

قال (ولا تجوز الهبة فيما يقسم الامحوزة مقسومة الخ) الموهوب اما ان يحتمل القسمة أولا وضابط ذلك ان كل شيء يضره التبعض فيوجب نقصا في ماله لا يحتمل القسمة وما لا يوجب ذلك فهو يحتملها فالثاني كالعبد والحيوان والبيت الصغير والاول كالدار والبيت الكبير ولا تجوز الهبة فيما يقسم الامحوزة مقسومة والاول احتراز عما اذا وهب التمر على التخل دون التخل أو الزرع في الارض دونها فان الموهوب ليس يجوز أي ليس يقبوض والثاني عن المشاع فانه اذا قبض التمر الموهوب على التخل ولكن ذلك التمر مشترك بينه وبين غيره لا يجوز أيضا لانه غير مقسوم ومعنى قوله لا يجوز لا يثبت الملك فيه الامحوزة مقسومة لان الهبة في نفسها فيما يقسم تقع جائزة ولكن غير مثبتة للملك قبل تسليمه فزافانه اذا وهب مشاعا فيما يقسم ثم أقرزه وسلم صحته ووقعت مثبتة للملك فعلم بهذا ان هبة المشاع فيما يقسم وقعت جائزة في نفسها ولكن توقف اثباتها للملك على الافراز والتسليم والعقد المتوقف ثبوت حكمه على الافراز والتسليم لا يوصف بعدم الجواز كالبيع بشرط الخيار وهبة المشاع فيما لا يقسم جائزة ومعناه هبة مشاع لا تحتمل القسمة جائزة لان المشاع غير مقسوم فيكون معناه ظاهرا ودية النصيب الغير المقسوم فيما هو غير مقسوم جائزة وذلك ليس على ما ينبغي وتصحيحه بما ذكر وقال الشافعي هبة المشاع جائزة في الوجهين جميعا معناه مثبتة للملك الموهوب لانه عقد غلبك وهو ظاهر وعقد التملك يصح في المشاع وغيره كالبيع بأنواعه يعني الصحيح والفاسد والصرف والسلم فان الشروع لا يمنع عام القبض (١٣١) في هذه العقود بالاجماع فاذا باع

وخلى بينه وبين المشتري خرج عن ضمان البائع ودخل في ضمان المشتري وملكه المشتري وان كان البيع فاسدا والخروج عن ضمان البائع والدخول في ضمان المشتري معنى على القبض وكذا يصلح المشاع ان يكون رأس مال السلم وبدل الصرف والقبض شرط فيهما وهذا أي جوازه باعتبار ان المشاع قابل لحكمه أي لحكم عقد الهبة وهو الملك كافي البيع والارث وكل ما هو قابل لحكم عقد يصلح ان يكون محلا له لان المحلية عين القابلة أو لازم من لوازمها فكان العقد صادرا من أهله مضافا الى محله ولا مانع فمكان جائزا فان قيل لا نسلم انتفاء المانع فانه عقد تبرع فلم لا يجوز ان يكون الشروع مبطلا أجب بقوله وكونه تبرعا يعني لم يعهده ذلك مبطلا في التبرعات كالقرض والوصية بأن دفع ألف درهم الى رجل على ان يكون نصفه قرضا عليه ويعمل في النصف الآخر بشرطه وبأن أوصى لرجلين بألف درهم فان ذلك صحيح فدل على أن الشروع لا يبطل التبرع حتى يكون مائة انتهى كلامه (أقول) تعسف الشارح المذكور في بيانه هذا من وجوه الاول أنه جعل لفظ هذا في قول المصنف وهذا لان المشاع اشارة الى جواز عقد الهبة فيقتضى هذا ان يكون قول المصنف وهذا

قال (ولا تجوز الهبة فيما يقسم الامحوزة مقسومة وهبة المشاع فيما لا يقسم جائزة) وقال الشافعي تجوز في الوجهين لانه عقد غلبك فيصح في المشاع وغيره كالبيع بأنواعه وهذا لان المشاع قابل لحكمه وهو الملك فيكون محلا له وكونه تبرعا لا يبطله الشروع كالقرض والوصية ولنا ان القبض منصوص عليه في الهبة فيشترط كماله والمشاع لا يقبله الا بضم غيره اليه وذلك غير موهوب الخاطب (قوله) وهذا لان المشاع قابل لحكمه وهو الملك فيكون محلا له وكونه تبرعا لا يبطله الشروع كالقرض والوصية (قال صاحب العناية في حل هذا الكلام وهذا أي جوازه باعتبار ان المشاع قابل لحكمه أي حكم عقد الهبة وهو الملك كافي البيع والارث وكل ما هو قابل لحكم عقد يصلح ان يكون محلا له لان المحلية عين القابلة أو لازم من لوازمها فكان العقد صادرا من أهله مضافا الى محله ولا مانع فمكان جائزا فان قيل لا نسلم انتفاء المانع فانه عقد تبرع فلم لا يجوز ان يكون الشروع مبطلا أجب بقوله وكونه تبرعا يعني لم يعهده ذلك مبطلا في التبرعات كالقرض والوصية بأن دفع ألف درهم الى رجل على ان يكون نصفه قرضا عليه ويعمل في النصف الآخر بشرطه وبأن أوصى لرجلين بألف درهم فان ذلك صحيح فدل على أن الشروع لا يبطل التبرع حتى يكون مائة انتهى كلامه (أقول) تعسف الشارح المذكور في بيانه هذا من وجوه الاول أنه جعل لفظ هذا في قول المصنف وهذا لان المشاع اشارة الى جواز عقد الهبة فيقتضى هذا ان يكون قول المصنف وهذا

(١٦ - تكمله سابع) فكان العقد صادرا من أهله مضافا الى محله ولا مانع فمكان جائزا فان قيل لا نسلم انتفاء المانع فانه عقد تبرع فلم لا يجوز ان يكون الشروع مبطلا أجب بقوله وكونه تبرعا يعني لم يعهده ذلك مبطلا في التبرعات كالقرض والوصية بأن دفع ألف درهم الى رجل على ان يكون نصفه قرضا عليه ويعمل في النصف الآخر بشرطه وبأن أوصى لرجلين بألف درهم فان ذلك صحيح فدل على أن الشروع لا يبطل التبرع حتى يكون مائة انتهى كلامه (أقول) تعسف الشارح المذكور في بيانه هذا من وجوه الاول أنه جعل لفظ هذا في قول المصنف وهذا لان المشاع اشارة الى جواز عقد الهبة فيقتضى هذا ان يكون قول المصنف وهذا

(قوله) اما ان يحتمل القسمة أولا الى قوله فالثاني كالعبد والحيوان والبيت الصغير والاول كالدار الخ (أقول قوله) الثاني ناظر الى قوله أولا والاول ناظر الى قوله اما ان يحتمل القسمة (قوله وتصحيحه بما ذكر) أقول أراد به قوله ومعناه هبة مشاع لا يحتمل القسمة الخ ويجوز ان يكون المراد ما لا يقسم شرعا قال المصنف (لان المشاع قابل لحكمه وهو الملك) أقول فان قيل نحن لا ننازع في كون المشاع محلا للعقد فلا ماس لهذا الكلام هنا قلنا يظهر وجهه بادنى تأمل (قوله وبأن أوصى لرجلين بألف درهم) أقول معطوف على قوله بأن دفع ألف درهم

ولان في تجويزه الزام الواهب
ضرره مرضي لان اقدمه
على هبة المتاع يدل على
التزامه ضرر القسمة
والضائر من الضرر مالم
يكن مرضيا أوجب بأن
المرضى منه ليس القسمة
ولما يستلزمها لجواز أن
يكون راضيا بالملك المشاع
وهو ليس بقسمة ولا
يستلزمها ولهذا أي ولان
في تجويزه العقد الزام
مالم يلتزم امتنع جوازه
قبل القبض لثلاثه
التسليم وهو لا يتحقق
بدون مؤنة القسمة بخلاف
مالم يقسم لان الممكن فيه
هو القبض القاصر فيكتفي
به ضرورة ولأنه لا يلزمه
مؤنة القسمة فان قيل
لزمه المهابة وفي إيجابها
الزام مالم يلزم بالعقدة ومع
ذلك العقد جائز فلتسكن
مؤنة القسمة كذلك

(قوله أوجب بأن المرضى
منه ليس القسمة ولا
ما يستلزمها لجواز أن
يكون راضيا بالملك المشاع
الى قوله وهو لا يتحقق
بدون مؤنة القسمة)
أقول وفيه بحث فانه
يعلم أنه اذا طلب شريكه
القسمة لا ينفعه أبأوه على
أن له أن يرجع عن هبته
ولا يلزمه المؤنة فليتأمل
(قوله فان قيل لزمه
المهابة وفي إيجابها الزام

(١٣٢)

شيأ لم يلزمه وهو مؤنة القسمة وتجويز ذلك لا يجوز لزيادة الضرر فان قيل هذا

ولان في تجويزه الزامه شيأ لم يلزمه وهو مؤنة القسمة ولهذا امتنع جوازه قبل القبض لثلاثه القسمة
بخلاف مالم يقسم لان القبض القاصر هو الممكن فيكتفي به ولأنه لا يلزمه مؤنة القسمة

لان المشاع الخ دليل على أصل مدعى الشافعي وهو قوله تجوز في الوجهين فيكون دليله لا ثانيا عليه
فكان ينبغي أن يقول المصنف ولان المشاع يدل قوله وهذا لان المشاع والثاني أنه ارتكب
تقدريم مقدمات حيث قال فكان العقد صادر من أهله مضافا الى محله ولا مانع غنة فكان جائزا
والباعث عليه جعله لفظ هذا اشارة الى جوازه والثالث انه حل قول المصنف وكونه تبرعا الخ
على الجواب عن سؤال رد بطريق المنع على مقدمة من المقدمات التي قدرها وهي قوله ولا مانع
غنة والحق عندي أن مقصود المصنف من قوله وهذا لان المشاع الخ اثبات كبرى الدليل السابق
وهي قوله فيصح في المشاع لا اثبات أصل المدعى ولفظ هذا اشارة الى مضمون هاتيك الكبرى فالمعنى
وهذا أي محضه في المشاع أو كونه صحيحا في المشاع لان المشاع قابل للحكم وهو الملك فيكون محله
فلا يلزم حينئذ الوجهان الاولان من وجوه التعسف اللازمة لتقرير صاحب العناية أما الاول منهما
فظاهر جدا وأما الثاني فليس قوط الاحتياج حينئذ الى ما قدره من المقدمات الزائدة كما يظهر بأدنى
التأمل الصادق ثم ان قوله وكونه تبرعا لا يبطله الشيوع جواب عن سؤال يرد على الدليل المذكور
بطريق المعارضة وهو أن يقال ان عقد الهبة عقد تبرع فلو قلنا بجوازه في المشاع لزم في ضمنه وجوب
ضمان القسمة والواهب لم يتبرع به فيكون الزام عليه مالم يلتزمه وهو باطل فقال كونه عقد تبرع
لا يمنع الشيوع كالقرض والوصية يعني أن الشيوع في القرض والوصية كما لا يمنع كونهما عقد تبرع
كذلك لا يمنع في الهبة فلا يلزم حينئذ الوجه الثالث أيضا من وجوه التعسف اللازمة لتقرير صاحب
العناية وهو حل الكلام المذكور على الجواب عما يرد على مقدمة غير مذكورة كما عرفت فتبصر
(قوله ولان في تجويزه الزامه شيأ لم يلزمه وهو مؤنة القسمة) يعني ان في تجويزه عقد الهبة في المشاع الزام
الواهب شيأ لم يلزمه وهو مؤنة القسمة وذلك لا يجوز لزيادة الضرر فان قيل هذا ضرر مرضي لان
اقدامه على هبة المشاع يدل على التزامه ضرر القسمة والضائر من الضرر مالم يكن مرضيا أوجب بأن
المرضى منه ليس القسمة ولا ما يستلزمها لجواز أن يكون راضيا بالملك المشاع وهو ليس بقسمة ولا
يستلزمها كذا في العناية أخذ من شرح تاج الشريعة وتبعهما الشارح العيني (أقول) في الجواب
ببحث لانه اذا لم يكن الملك المشاع قسمة ولا مستلزما لها لم يتم نفس هذا الدليل أعني قوله ولان في تجويزه
الزامه شيأ لم يلزمه وهو القسمة لان الذي يستلزمه تجويزه شيء انما هو الزام واهبه حكم الهبة وهو
ثبوت الملك له وهو له شيأ يستلزمه حكمها وأما ما ليس بحكم الهبة ولا شيأ من لوازم حكمها فلا يستلزمه
تجويز الهبة في شيء فإذا لم تكن القسمة نفس حكم الهبة ولا شيأ يستلزمه حكمها فأين يلزم من تجويزه
المشاع الزام الواهب مؤنة القسمة حتى يلزم الزامه مالم يلتزمه لا يقال الذي لا يستلزم القسمة هو الملك
المشاع وهو الذي ذكره في الجواب وما هو حكم الهبة هو الملك المفروز وهو يستلزم القسمة لانا نقول
لانسلم ان حكم الهبة مطلقا هو الملك المفروز بل حكمها هو الملك مطلقا لا ترى ان هبة المشاع الذي لا يحتمل
القسمة جائز قبل اتفاق وحكمها ثابت قطعاً مع ان حكمها هناك ليس الملك المفروز بل لا ريب بل هو الملك
المشاع ولو سلم ان حكمها مطلقا هو الملك المفروز لم يصح قول المجيب ان المرضى منه ليس القسمة
ولا ما يستلزمها لان من أقدم على الهبة يرضى بحكمها قطعاً ولو كان حكمها مطلقا هو الملك المفروز تعين
الرضا منه بما يستلزم القسمة وهو الملك المفروز هذا واعترض بعض الفضلاء على الجواب المذكور بوجه
آخر حيث قال فيه بحث فانه يعلم انه اذا طلب شريكه القسمة لا ينفعه أبأوه على أن له أن يرجع عن

أجاب بقوله والمهاياة تلزمه فيما لم يتبرع به وهو المنفعة والتبرع به هو العين ولقائل أن يقول إن الزام ما لم يلزم الواهب به قد الهبة إن كان مانعا عن جوارها فقد وجد وأن خصصته بعوده إلى ما تبرع به كان تحكما والجواب بتخصيصه بذلك وبدفع التحكم بأن في عوده إلى ذلك الزام زيادة عين هي أجرة القسمة على العين الموهوبة بانحراجها عن ملكه وليس في غير ذلك لأن المهاياة لا يحتاج إليها ولا يلزم ما إذا أنشأ الواهب الموهوب بعد التسليم فإنه يضمن قيمته للموهوب له وفي ذلك الزام زيادة عين على ما تبرع به لأن ذلك بالاتلاف لا بعقد التبرع (قوله والوصية) جواب عن قوله كالقرض والوصية وتقريره أن الشيوخ مانع فيما يكون القبض من شرطه لعدم تحققه في المشاع والوصية ليست كذلك وكذلك البيع الصحيح وأما البيع الفاسد والصرف والسلم فإن القبض فيها شرط للملك لكنه غير منصوص عليه فيها فان قيل القبض في الصرف منصوص عليه فلا يصح نفيه أجيب بأن كلاً منهما فيما يكون القبض منصوصاً عليه لتبوت الملك ابتداءً وفي الصرف لقائه في ملكه فليس مما نحن فيه ولا نهاعقد ضماناً فينا سبب لزوم مؤنة القسمة بخلاف الهبة فان قيل إذا كانت من الشريك لم تلزم القسمة وما جازت فالجواب سيأتي والقرض تبرع من وجه بدليل أنه لا يصح من الصبي (١٣٣) والعبد وعقد ضمان من وجه فان

المستقرض مضمون بالمثل
فليس به بالتبرع شرطنا القبض
فيه وليس به بعقد الضمان
لم نشترط فيه القسمة عملاً
بالشبهين على أن القبض
فيه ليس منصوصاً عليه فبرأى

والمهاياة تلزمه فيما لم يتبرع به وهو المنفعة والهبة لاقت العين والوصية ليس من شرطها القبض وكذا البيع الصحيح وأما البيع الفاسد والصرف والسلم فالقبض فيها غير منصوص عليه ولا نهاعقد ضماناً فتنا سبب لزوم مؤنة القسمة والقرض تبرع من وجه وعقد ضمان من وجه فشرطنا القبض القاصر فيه دون القسمة عملاً بالشبهين على أن القبض غير منصوص عليه فيه ولو وهب من شريك لا يجوز لأن الحكم يدار على نفس الشيوخ قال (ومن وهب شقصاً مشاعاً فالهبة فاسدة) لماذا كرنا (فان قسمه وسلمه جاز) لأن نعامه بالقبض وعنده لا شيوخ

على الكمال (ولو وهب من
شريك لم يجز) وإن لم يلزم
فيه مؤنة القسمة (لأن الحكم
يدار على نفس الشيوخ) فإنه
مانع عن كمال القبض فيما
يجب القبض فيه على الكمال
فكأنه إشارة إلى الوجه الأول
وعلى ذلك قبل الوجه الثاني
غير متمش في جميع الصور
ولا يكون صحيحاً وغلط لانه
علة النوعية لا ثبات نوع
الحكم وذلك لا يستلزم
الاطراد في كل شخص (ومن
وهب شقصاً مشاعاً فالهبة

هبة ولا تلزمه المؤنة فلي تأمل اه (أقول) كل واحد من أصل بحثه وعلاؤه ساقط أما الأول فلائنه وان علم أنه إذا طلب شريكه القسمة لا يتقعه بأثره إلا أن طلب شريكه أياها غير متعين بل محتمل والاقدام على العقد إنما يقتضي الرضا بما هو من ضروريات ذلك العقد ولوازمه لا بما هو من محتملات ذلك وأما الثاني فلائنه في رجوعه عن هبته ضرراً آخره وهو حرمانه عن ثواب الهبة فلزم أن يتوقف دفع ضرر مؤنة القسمة عن نفسه على ارتكاب ضرر آخر لنفسه فكان في تجوز هبة المشاع الزام الواهب أحد الضررين وذلك لا يجوز وأيضاً هل يجوز العاقل أن يكون بناء جواز هبة المشاع على جواز الرجوع عنها وليس هذا بمنزلة بناء تحقق الشيء على انتفائه على أنه ليس له الرجوع عن هبته في كثير من المواد وهي التي تحقق في الموانع عن الرجوع كما سيأتي في الكتاب فيلزم المندور في مثل ذلك ثم أقول ببق شيء في أصل هذا التعليل وهو أن الواهب المشاع إما أن يرضى بالقسمة أو يمنع عنها فان رضى بها كان ملتزماً أياها فلم يكن في الزامه مؤنة القسمة الزامه ما لم يلزمه وإن امتنع عنها لم يلزمه مؤنة القسمة عند أبي حنيفة لأن مؤنة القسمة على الطالب دون الممتنع عنده على ما يجي في كتاب القسمة فلم يتم هذا التعليل على قوله (قوله والمهاياة تلزمه فيما لم يتبرع به وهو المنفعة والهبة لاقت العين) هذا جواب عن سؤال مقدر تقريره أنه إن لم تلزمه فيما لا يقسم مؤنة القسمة فقد لزمته المهاياة وفي

فاسدة) أي لا يثبت الملك على ما تقدم من توجيه قوله ولا تجوز الهبة فيما يقسم إلا بحوزة وقوله (لماذا كرنا) إشارة إلى ما ذكرنا من الوجهين فكانت معلومة من ذلك لكن أعادها تمهيداً لقوله (فان قسمه وسلمه جاز لأن نعامه بالقبض وعنده لا شيوخ) وبه تبين أن المانع من الشيوخ ما كان عند القبض حتى لو وهب نصف داره لرجل ولم يسلم حتى وهب له النصف الباقي وسلمها جلة جازت

(قوله والجواب بتخصيصه بذلك الخ) أقول أشار بقوله بذلك إلى قوله بعوده الخ (قوله لأن ذلك بالاتلاف) أقول يعني ليس ذلك حكم العقد بخلاف القسمة فإنها من أحكام الملك الذي هو حكم العقد (قوله فان قيل القبض في الصرف منصوص عليه الخ) أقول فيه أنا لا نسلم كون القبض منصوصاً عليه في الصرف ومعنى قوله عليه الصلاة والسلام يدا بيد عينا بعين ولزوم القبض ضرورة التعيين على ما حققه المصنف في باب الربا (قوله وفي الصرف لبقائه في ملكه) أقول فيه بحث قال المصنف (ولو وهب من شريك لا يجوز) أقول قال الرافعي في شرح الو جيز الشائع يجوز هبته كما يجوز بيعه ولا فرق بين المنقسم وغير المنقسم ولا بين أن يهب من الشريك أو غيره وبه قال مالك وأحمد وعند أبي حنيفة لا تصح هبة المنقسم من غير الشريك وبالفق قال لو وهب الشيء المنقسم من اثنين لم يصح أيضاً انتهى في قوله وعند أبي حنيفة الخ بحث لا يخفى

قال (ولو وهب دقيقا في حنطة الخ) بنى كلامه ههنا على أن المحل إذا كان معدوما حالة العقد لم ينقذ الابالتجدد بخلاف ما إذا كان مشاعا فإنه بعد الانقراض لا يحتاج الى التجديد (١٣٤) وذلك واضح لصلاحية المشاع للعلية دون المعدوم وهذا مما يرشدك أن مراد المصنف

بقوله لا تجوز هبة المشاع وقوله
قالهبة فاسدة وقوله لان
امتناع الجواز لا اتصال هو
عدم افادة ثبوت الملك فلا
يتوهم انه اختار قول من ذهب
الى عدم الجواز لانه لو كان غير
جائزا لاحتاج الى تجديد العقد
عند الانقراض في المشاع كافي
المعدوم وانما جعل الرهن في
السهم والدقيق والحنطة
معدوما لانه ليس بوجود
بالفعل وانما يحدث بالعصر
والطعن ولا معتبر بكونه
موجودا بالقوة لان عامة
الممكنات كذلك ولا تسمى
موجودة واذا كان العين في
يد الموهوب له لا يحتاج الى
قبض جديد لا لتفاه المانع وهو
عدم القبض فاذا وجد القبض
أمانة جاز أن ينوب عن
قبض الهبة بخلاف ما إذا
باعد منه لأن القبض في
البيع مضمون فلا ينوب عنه

قال (ولو وهب دقيقا في حنطة أو ذهنا في ممسم قالهبة فاسدة فان طعن وسلم لم يجز) وكذا السمن في اللبن
لان الموهوب معدوم ولهذا الواستقرجه الغاصب عليك والمعدوم ليس يحل للمالك فوقع العقد باطلا فلا
ينقذ الابالتجدد بخلاف ما تقدم لان المشاع محل للتبليك وهبة اللبن في الضرر والصوف على ظهر
الغنم والزرع والتخل في الارض والتمرق في الفحل بمنزلة المشاع لان امتناع الجواز لا اتصال وذلك يمنع
القبض كالشائع قال (واذا كانت العين في يد الموهوب له ملكها بالهبة وان لم يجد فيها قبضا)
لان العين في قبضه والقبض هو الشرط بخلاف ما اذا باعه منه لان القبض في البيع مضمون فلا ينوب
عنه قبض الأمانة أما قبض الهبة فغير مضمون فينوب عنه

قال المصنف (وهبة اللبن في
الضرع) أقول قال صاحب
التسهيل أقول في البيوع ان
النوى في التمر لا يجوز بيعه
وان أخرجه وسلمه الا ان يجدد
بيعا جديدا للشك في وجوده
واللبن في الضرع كذلك فينبغي
أن لا تصح هبته وان سلم كبيعه
انتهى قال المولى الشهير
بخضر شام رحمه الله تعالى
والفرق ظاهر اذا الوجود

ايجابها الزام ما لم يلتزم مع ذلك العقد جائز فله كمن مؤنة القسمة فيما يقسم كذلك فأجاب بأن المهايأة
تلتزمه فيما لم يتبرع به وهو المنفعة لان المهايأة قسمة المنفعة والهبة التي هي عقد التبرع انما لاقت العين ولا
الزام فيه فيما لا يقسم فلم يكن ذلك ضمنا في عين ما تبرع به بخلاف مؤنة القسمة فيما يقسم هذا خلاصة
ما في جملة الشروح والكافي ههنا وقال صاحب العناية بعد ذلك ولقائل أن يقول الزام ما لم يلتزم الواهب
بعقد الهبة ان كان مانعا عن جوارها فقد وجد وان خصصته بعوده الى ما تبرع به كان تحكما والجواب
بتخصيصه بذلك ويدفع التحكم بأن في عودته الى ذلك الزام زيادة عين هي أجرة القسمة على العين الموهوبة
بانخراجه عن ملكه وليس في غير ذلك لان المهايأة لا يحتاج اليها اه كلامه (أقول) لا يرى في الجواب
الذي ذكره كثر طائل في دفع سؤال سائل لان حاصله ان في عودته الى ما تبرع به الزامه اخراج
عين هي أجرة القسمة عن ملكه وليس ذلك في المهايأة فلقائل أن يقول ان لم يكن في المهايأة الزامه
اخراج عين عن ملكه ففيه الزامه ازالة النفع في زمان معين عن تصرفه وكون الاول أكثر ضررا من الثاني
مطابقا غير مسلم فكمن منفعة كمنفعة دار وهوها تكون أعز وأشرف من مقدار عين يصير أجرة قسمته
فتكون أزالته عن الانتفاع بها أشق على الانسان وأكثر ضررا له من اخراج مقدار عين يصير أجرة قسمته
عن ملكه وأما الزيادة على العين الموهوبة فتقتضى في صورتين معا غير أن الزائد عليها في احدهما العين
وفي الاخرى المنفعة والاظهر في الجواب عندي أن يقال تخصيص ذلك بما اذا عاد الى ما تبرع به ولا يلزم
التحكم لان المحذور في الزامه ما لم يلتزمه فيما اذا عاد الى ما تبرع به لزوم المناقاة فان التبرع ضد اللزوم فهما
لا يجتمعان في محل واحد وفيما اذا لم يعد الى ما تبرع به لا يلزم المناقاة فان المهايأة لاقت المنفعة والهبة
لاقت العين فلم يصادف الزام والتبرع اذ ذلك محلا واحدا فلا محذور فيه ثم ان صاحب غايه البيان
بعد ان بين مراد المصنف على المنهج المزبور قال والجواب الصحيح أن يقال هبة المشاع فيما لا يتحمل
القسمة لما لم يلزم منها ضمان القسمة على الواهب صحت وقولهم يؤدي ذلك الى الزام التبايؤ فنقول لا نسلم
لان التبايؤ ليس واجبا لان فيه اعارة كل واحد منهما نصيبه من صاحبه والاعارة لا تكون واجبة اه
كلامه (أقول) لعل هذا الجواب ليس بصحيح لان التبايؤ يجب ويجري فيه جبر القاضى اذا طلبه أحد
الشركاء سيما فيما لا يقسم نص عليه في عامة الكتب وسيأتي بيان ذلك في فصل المهايأة من كتاب القسمة
وما ذكره بقوله لان فيه اعارة كل واحد منهما نصيبه الخ وجه القياس وقد صرحوا بأن القياس يأباه ولكننا
تركنا القياس بقوله تعالى لها شرب ولكم شرب يوم معلوم وهو المهايأة بعينها وللحاجة اليه اذ ينعذر
الاجتماع على الانتفاع فأشبهه القسمة فقوله هم في هبة المشاع فيما لا يتحمل القسمة يؤدي ذلك الى الزام
التبايؤ مما لا يقبل المنع أصلا (قوله واذا كانت العين في يد الموهوب له ملكها بالهبة وان لم يجد فيها
قبضا الى قوله أما قبض الهبة فغير مضمون فينوب عنه) والاصل في ذلك أن نجانس القبضين بجو زبانية

بالفعل كاف في الهبة وان لم يتعين به بخلاف البيع لانه عقد معاوضة والهبة عقد تبرع ويشترط في انعقاد
البيع القدرة على التسليم دون الهبة والتقريب بعد هذا واضح (قوله لا يحتاج الى قبض) أقول كتابة عن الملك (قوله لا لتفاه المانع)
أقول ووجه ذلك مقتضى وهو ظاهر لكن ينبغي هنا بحث والاظهر ان يقال لوجود الشرط وهو القبض

قبض الامانة والاصل في ذلك أن تجانس القبض يجوز زيادة أحدهما عن الآخر وتغايرهما يجوز زيادة الأعلى عن الأدنى دون العكس فإذا كان الشيء ودبعة في شخص أو عارية فوهبه أياه لا يحتاج إلى تجديد قبض لأن كلا القبضين ليس قبض ضمان فكانا متجانسين ولو كان بيده مغصوباً أو يبيع فاسد فوهبه أياه لم يحتاج إلى تجديده لأن الأول أقوى فينبوب عن الضعيف ولو كانت ودبعة فباعه منه فإنه يحتاج إليه لأن قبض الامانة ضعيف فلا ينوب عن قبض الضمان ومعنى تجديد القبض أن ينتهي إلى موضع فيه العين ويمضي وقت يتمكن فيه من قبضها (وإذا وهب الأب لابنه الصغير هبة ملكها الابن بالعقد) والقبض فيه باعلام ما وهبه له وليس الشاهد بشرط الآن فيه احتياط التخرع عن جحود الورثة بعدم موته أو وجوده بعد ادراك الوارث (لأنه) أي لأن الموهوب (في قبض الأب فينبوب عن قبض الهبة) ويدمودعه كبد (بخلاف ما إذا كان موهوباً أو مغصوباً أو مبيعاً بغير فاسد) (١٣٥) لأنه في يد غيره) يعني في الأولين (أو

في ملك غيره) يعني في الأخير (والصدقة في هذا كالهبة) وكذا إذا وهبت الأم لولدها الصغير وهو في عيالها والأب ميت ولا وصي له (وقيد بقوله وهو في عيالها ليكون لها عليه نوع ولاية وقيد بموت الأب وعدم الوصي لأن عند وجودهما ليس لها ولاية القبض) (وكذا كل من يعوله) نحو الأخ والعمة والأجنبي جزله قبض الهبة لأجل التيمم قبل أطلق جواز قبض هؤلاء ولكن ذكر في الإيضاح ويختصر الكرخي أن ولاية القبض لهؤلاء إذا لم يوجد واحد من الأربعة وهو الأب ووصيه والجد أو الأب بعد الأب ووصيه فأما مع وجود واحد منهم فلا سواء كان الصبي في عيال القابض أو لم يكن وسواء كان ذارحاً محرم منه أو أجنبياً لأنه ليس لهؤلاء ولاية التصرف في ماله فقيام ولاية من يملك

قال (وإذا وهب الأب لابنه الصغير هبة ملكها الابن بالعقد) لأنه في قبض الأب فينبوب عن قبض الهبة ولا فرق بين ما إذا كان في يده أو في يدمودعه لأن يده كبد بخلاف ما إذا كان موهوباً أو مغصوباً أو مبيعاً بغير فاسد لأنه في يد غيره أو في ملك غيره والصدقة في هذا مثل الهبة وكذا إذا وهبت له أمه وهو في عيالها والأب ميت ولا وصي له وكذلك كل من يعوله

أحدهما عن الآخر وتغايرهما يجوز زيادة الأعلى عن الأدنى دون العكس فإذا كان الشيء ودبعة في شخص أو عارية فوهبه أياه لا يحتاج إلى تجديد قبض لأن كلا القبضين ليس قبض ضمان فكانا متجانسين ولو كان بيده مغصوباً أو يبيع فاسد فوهبه أياه لم يحتاج إلى تجديده لأن الأول أقوى فينبوب عن الضعيف ولو كانت ودبعة فباعه منه فإنه يحتاج إليه لأن قبض الامانة ضعيف فلا ينوب عن قبض الضمان كذا في العناية وغيرها (أقول) بردي على ظاهر قوله أو يبيع فاسد فوهبه أياه إن البيع الفاسد يفيد الملك للمشتري عند اتصال القبض كما مر في باب البيع الفاسد من كتاب البيوع وأشار إليه المصنف فيما ساقى بعد أسطر بقوله أو في ملك غيره في قوله لأنه في يد غيره أو في ملك غيره على ما صرح به الشراح فاطبسة هناك فكيف يتصور هبة المقبوض ببيع فاسد وهو ملك الغير حتى يصح قوله فوهبه أياه بعد قوله يبيع فاسد فالجواب أنه قد مر أيضاً في باب البيع الفاسد أن لكل واحد من المتعاقدين بالبيع الفاسد فسحة قبل القبض وبعده رفعاً للفاسد فالمراد بقوله فوهبه أياه فوهبه في البيع الفاسد بعد أن فسح العقد فحينئذ ينتقل الملك إلى البائع فتصح هبته أياه بل لا يبعد أن تجعل نفس الهبة فسحة للبيع الفاسد اقتضاء وقصد بعض الفضلاء توجيه هذا المثل بوجه آخر فقيد قول صاحب العناية أو يبيع فاسد بقوله بلا إذن البائع وقال فلا يرد أن المقبوض في البيع الفاسد يكون ملكاً للقابض على ما سيجيء بعد أسطر فكيف تصح هبته اهـ (أقول) لا يخفى على ذي فطنة أنه لا حاصل لما ذكره إذ لا يتصور بيع فاسد بلا إذن البائع لأن البيع مطلقاً لا ينعقد إلا بإيجاب وقبول والإيجاب هو الإذن من البائع لا يقال يحتمل أن يكون مراده بالبائع في قوله بلا إذن البائع هو المالك فيصور أن يبيع فضولى مال أحد بغير إذن مالكه بغير فاسد أو بقبضه المشتري لا نقول فإن أذن المالك في ذلك يكون البيع باذن البائع أي المالك وأن لم يأذنه فيه لا ينفذ البيع أصلاً فتكون يد القابض يد الغصب أو يد الامانة لا يد القبض بالبيع الفاسد والكلام فيه تدبر (قوله وكذلك كل من يعوله) أي

التصرف في المال يمنع ثبوت حق القبض له فإذا لم يبق واحد منهم جاز قبض من كان الصبي في عياله لثبوت نوع ولاية حينهئذ لا ترى أنه يؤدبه ويسلمه في الصنائع فقيام هذا القدر يطلق حق القبض الهبة لكونه من باب المنفعة وأرى أنه لم يطلق ولكنه اقتصر في التقيد وذلك لأنه قال وكذلك كل من يعوله وهو معطوف على قوله وكذلك إذا وهبت له أمه وهو معقد بقوله والأب ميت ولا وصي له فيكون ذلك في المعطوف أيضاً لكنه اقتصر على ذكر الجد ووصيه للعلم بأن الجد الصحيح مثل الأب في أكثر الأحكام ووصيه كوصي الأب

(قوله أو يبيع فاسد) أقول بلا إذن البائع فلا يرد أن المقبوض في البيع الفاسد يكون ملكاً للقابض على ما سيجيء بعد أسطر فكيف تصح هبته (قوله قبل أطلق) أقول القائل هو صاحب النهاية (قوله للعلم بأن الجد الصحيح مثل الأب في أكثر الأحكام) أقول فإنه مشهور أن الجد الصحيح كالأب في أربع مسائل

(وان وهب للصغير أجنبي هبة تمت قبض الاب لانه ملك) الامر (الدائر بين الضر والنفع فالنفع الهض أولى بذلك) قال (واذا وهب للقيم هبة الخ) اذا وهب للقيم مال فالقبض الى من له التصرف في ماله وهو وصي الاب أو جده للقيم أو وصيه لان له ولاية على القيم لقيامهم مقام الاب وان كان القيم في حجر أمه أى في كفها وترتيبها فقبضها له جائز لما تقدم أن لها الولاية وكذا اذا كان في حجر أجنبي يريه لان له دامت معتبرة ألا ترى أن أجنبيا آخر لا يملك من نزع من يده فملك ما تمحض نفعه في حقه لكن بشرط أن لا يوجد واحد من الاربعة المذكورة وان قبض الصبي الهبة بنفسه (١٣٦) وهو عاقل جاز لانه نافع في حقه وهو من أهله أى من أهل مباشرة ما يتضمن نفعه له

(وان وهب له أجنبي هبة تمت قبض الاب) لانه ملك عليه الدائر بين النافع والضار فأولى أن يملك النافع قال (واذا وهب للقيم هبة فقبضها له وليه وهو وصي الاب أو جده للقيم أو وصيه جاز) لان له ولاية ولاية عليه لقيامهم مقام الاب (وان كان في حجر أمه فقبضها له جائز) لان لها الولاية فيما يرجع الى حفظه وحفظ ماله وهـ ذامن بابه لانه لا يبيح الاب المال فلا بد من ولاية التصصيل (وكذا اذا كان في حجر أجنبي يريه) لان له عليه دامت معتبرة ألا ترى أنه لا يملك من نزع من يده فملك ما تمحض نفعه في حقه (وان قبض الصبي الهبة بنفسه جاز) معناه اذا كان عاقل لانه نافع في حقه وهو من أهله وفيما وهب للصغير يجوز قبض زوجها الهبة بعد الزفاف لتفويض الاب أموره الهبة دالة بخلاف ما قبل الزفاف وملككم مع حضرة الاب بخلاف الام وكل من يعولها غير هاجت لا يملك كونه الاب بعد موت الاب أو غيبته غيبة منقطعة في الصحيح

قبض الهبة لاجل القيم يصح من كل من يعوله نحو الاخ والم والاخني كذا في الشروح قال صاحب النهاية ومن يحد وحذوه بعد هذا البيان أطلق في الكتاب جواز قبض هؤلاء لكن ذكر في الايضاح ويختصر الكرخي ان ولاية القبض لهؤلاء اذا لم يوجد واحد من الاربعة وهم الاب ووصيه والجد أو الاب بعد الاب ووصيه فأما مع وجود واحد منهم فلا سواء كان الصبي في عيال القابض أو لم يكن وسواء كان ذارحم محرم منه أو أجنبيا لانه ليس لهؤلاء ولاية التصرف في ماله فقيام ولاية من يملك التصرف في المال يمنع ثبوت حق القبض له فاذا لم يبق واحد منهم جاز قبض من كان الصبي في عياله لثبوت فوع ولاية حاشد ألا ترى أنه يؤيده وبسببه في الصنائع فقيام هذا القدر من الولاية يطلق حق قبض الهبة لكونه من باب المنفعة اهـ وقال صاحب العناية بعد نقل ذلك بقبول وأرى أنه لم يطلق ولكنه اقتصر في التقييد وذلك لانه قال وكذلك كل من يعوله وهو معطوف على قوله وكذلك اذا وهبت له أمه وهو مقيد بقوله والاب ميت ولا وصي له فيكون ذلك في المعطوف أيضا لكنه اقتصر على ذكر الجد ووصيه للعلم بأن الجد الصحيح مثل الاب في أكثر الاحكام ووصيه كوصي الاب اهـ كلامه (أقول) ليس هذا بتوجيه صحيح اذ قد تقرر في كتب العربية ان القيد اذا كان مقدما على المعطوف عليه فالظاهر تقييد المعطوف به كقولنا يوم الجمعة سرت وضربت زيداً وليس ذلك بقطعي ولكنه السابق الى الفهم في الخطايات وأما اذا كان مؤخر أعني المعطوف عليه فلا يفهم منه تقييد المعطوف به أيضاً أصلاً وقيد المعطوف عليه فيما نحن فيه مؤخر فلا يدل على تقييد المعطوف به في شيء فيصير ماؤه مسموح صاحب العناية (قوله) وملككم مع حضرة الاب بخلاف الام وكل من يعولها غير هاجت لا يملك كونه الاب بعد موت الاب أو غيبته غيبة منقطعة في الصحيح قال صاحب النهاية قوله في الصحيح متعلق بقوله وملككم مع حضرة الاب أى وملك الزوج قبض الهبة لاجل امرأته الصغيرة مع حضرة أبيها في الصحيح وكان هذا احترازاً عما ذكر في الايضاح بقوله وتأويل هذه المسئلة ان قبض الزوج انما يجوز اذا لم يكن الاب حياً

فان قبل عقد الصبي اما أن يكون معتبراً أو لا فان كان الثاني وجب أن لا يصح قبضه وان كان الاول وجب أن لا يجوز اعتبار الحلف مع وجود أهليته فالجواب أن عقله فيما نحن فيه من تحصيل ما هو نافع محض معتبر لتوفير المنفعة عليه وفي اعتبار الحلف وتوفرها أيضاً لانه يفتح به باب آخر لتصيلها فكان جائزاً نظر له ولهذا لم يعتبر عقله في المترددين النفع والضرر سد الباب المضرة عليه لان عقله قبل البلوغ ناقص فلا يستتم النظر في عواقب الامور فلا يد من حسمه برأى الولي واذا وهب للصغيرة هبة ولها زوج فاما أن زفت اليه أولاً فان كان الاول جاز قبض زوجها الهبة لان الاب قد فوض أمورها اليه وهي حين زفها اليه صغيرة وأقامه مقام نفسه في حفظها وحفظ مالها وقبض الهبة من حفظ المال لكن لا يبطل بذلك ولاية الاب حتى لو قبضها جاز وكذا لو قبضت بنفسها وأطلق

المصنف عن كونها يجمع مثلها لانه هو الصحيح ومنهم من قال اذا كانت ممن لا يجمع لا يصح قبض الزوج وقال لها وحضور الاب لا يمنع عن ذلك فانه يملكه وان حضر الاب في الصحيح وهو احتراز عما ذكر في الايضاح ان قبض الزوج لها انما يجوز اذا لم يكن الاب حياً بخلاف الام وكل من يعولها غير هاجت فانهم لا يملك كونه الاب أو بعد غيبته غيبة منقطعة لان تصرف هؤلاء للضرورة لا بتفويض الاب ولا ضرورة مع الحضور وقوله في الصحيح متعلق بقوله يملككم مع حضرة الاب كما ذكرنا (قوله) وكذا اذا كان في حجر أجنبي (أقول) كالقبط (قوله) وجب أن لا يجوز اعتبار الحلف (أقول) لكنه معتبر ولهذا يملك قبض الاب أيضاً (قوله) فالجواب أن عقله الى قوله ولهذا لم يعتبر عقله في المترددين (أقول) يعني لم يعتبر عقله في التردد

قال صاحب النهاية وانما قلت هذا لان في قوله بخلاف الام وكل من يعولها غير هاجت لا يمكن كونه الابعدموت الاب او غيبته غيبة منقطعة ليست رواية اخرى حتى يقع قوله في الصحيح احترازاً عنها فان كان الثاني فلا معتبر بقبض الزوج لها لان ذلك يحكم أنه يعولها وان له عليها يدامستحقة وذلك لا يجوز قبل الزفاف قال (واذا وهب اثنان من واحد ادا اجاز الخ) واذا وهب اثنان داراً من واحد اجاز لان قضاء الشيوخ لان الشيوخ اما أن يكون بالتسليم أو القبض وهما سلماً هاجت وهو قوله قد قبضها جلة فلا شيوخ وان كانت بالعكس لا يجوز عند أبي حنيفة وقال لا يجوز لان هذه هبة الجلة بينهما لاتحاد التملك ولا شيوخ في هبة الجلة كما اذا رهن من رجلين بل أولى لان تأخير الشيوخ في الرهن أكثر منه في الهبة حتى لا يجوز الرهن في مشاع لا يحتمل القسمة دون الهبة (١٣٧) ثم انه لو رهن من رجلين جاز

قالهية أولى ولاى حنيفة ان هذه هبة النصف من كل واحد منهم ما ولهذا لو كانت فيما لا يقسم فقبل أحدهما صح فصار كولو وهب النصف لكل واحد منهم ما يعقد على حدة وهذا الاستدلال من جانب التملك ولان الملك يثبت لكل واحد منهم ما في النصف وهو غير متمم فكان الشيوخ وهو يمنع القبض على سبيل الكمال وليس منع الشيوخ لجواز الهبة الا لذلك واذا ثبت الملك مشاعاً وهو حكم التملك ثبت التملك كذلك اذ الحكم يثبت بقدر دله وهذا استدلال من جانب الملك وفيه اشارة الى الجواب عما يقال الشيوخ انما يؤثر اذا وجد في الطرفين جميعاً فما اذا حصل في أحدهما فلا يؤثر لانه لا يلحق بالمتبرع ضمان القسمة وهو المانع عن جوازها شائعاً ووجه ذلك أن يقال ان سلماً أن الشيوخ انما يؤثر اذا وجد في الطرفين فهو موجود في الطرفين

لان تصرف هؤلاء الضرورة لا تقويض الاب ومع حضوره لا ضرورة قال (واذا وهب اثنان من واحد ادا اجاز) لانهم سلماً هاجت وهو قد قبضها جلة فلا شيوخ (وان وهبها واحد من اثنين لا يجوز عند أبي حنيفة وقالوا لا يصح) لان هذه هبة الجلة منهما اذ التملك واحد فلا يتحقق الشيوخ كما اذا رهن من رجلين وله أن هذه هبة النصف من كل واحد منهم ما ولهذا لو كانت فيما لا يقسم فقبل أحدهما صح ولان الملك يثبت لكل واحد منهم ما في النصف فيكون التملك كذلك لانه حكمه وعلى هذا الاعتبار يتحقق الشيوخ

وقال انما قلت هذا لان في قوله بخلاف الام وكل من يعولها غير هاجت لا يمكن كونه الابعدموت الاب او غيبته غيبة منقطعة ليست رواية اخرى حتى يقع قوله في الصحيح احترازاً عنها انتهى كلامه واقفى أثره صاحب العناية ومعراج الدراية (أقول) فيه نظراً لان شيخ الاسلام خواهر زاده قال في مبسوطه فن مشايخنا من سوى بين الزوج وبين الأجنبي والاب والجد والاخ وقالوا لا يجوز قبض هؤلاء عن الصغير اذا كان في عياله وان كان الاب حاضراً كما في الزوج ومنهم من فرق وقال بأن قبض الزوج يجوز على امرأته الصغيرة اذا كانت في عياله حال حضرة الاب وحال غيبته وفي الأجنبي يجوز قبضه للصغير حال عدم قرب آخر للصغير وفيما ذكر من الاقارب حق القبض حال غيبة الاب اذا كان الصغير في عياله فـ لا يكون لهم القبض عن الصغير حال حضرة الاب الى هنا كلامه فظهر منه أن في قوله بخلاف الام وكل من يعولها غير هاجت لا يمكن كونه الابعدموت الاب او غيبته غيبة منقطعة قولا آخر يخالف القول المذكور فيصح أن يقع قوله في الصحيح احترازاً عنه كالأجنبي وأنا أتعجب من صاحب العناية أنه بعد أن رأى ما صرح به في مبسوط شيخ الاسلام من اختلاف المشايخ في هذه المسئلة المذكورة في غاية البيان مع تفصيلات أخرى بطريق النقل عن مبسوط شيخ الاسلام ذلك الهمام كيف تبع رأى صاحب النهاية في جعل قول المصنف في الصحيح متعلقاً بقوله ويملكه مع حضرة الاب مع كونه بعيداً من حيث اللفظ والمعنى أما بعده من حيث اللفظ فظاهر لانه يقع حينئذ فصل كثير بين المتعلق والمتعلق به من غير ضرورة تدعوا اليه وأما بعده من حيث المعنى فلانه لو كان مراد المصنف بقوله في الصحيح هو الاحتراز عما ذكر في الإيضاح من أن قبض الزوج انما يجوز اذا لم يكن الاب حياً لقال ويملك مع حياة الاب بدل قوله ويملك مع حضرة الاب لان الحضرة انما تقابل الغيبة دون عدم الحياة تأمل توقف (قوله) ولان الملك يثبت لكل واحد منهم ما في النصف فيكون التملك كذلك لانه حكمه وعلى هذا الاعتبار يتحقق الشيوخ قال صاحب العناية في شرح هذا الدليل ولان الملك يثبت لكل واحد

وأما المانع هو الحاق ضمان القسمة بالمتبرع فقد تقدم حله وليس المانع منحصراً به بل الحكم بدور على نفس الشيوخ لامتناع القبض به (قوله) قال صاحب النهاية الى قوله ليست رواية اخرى حتى يقع قوله في الصحيح احترازاً عنها) أقول قال الامام جلال الدين الخبازي من مشايخنا من سوى بين الزوج والاجنبي والام والجد والاخ في أنه يجوز قبض هؤلاء عن الصغير متى كان الصغير في عياله وان كان الاب حاضراً كما في الزوج ومنهم من فرق الى آخر ما ذكره حينئذ في قوله ليست رواية اخرى بحث (قوله) وهذا استدلال من جانب الملك (أقول) لو كان تقرر بالدليل ما رده الشارح لغا قول المصنف فيكون التملك كذلك والظاهر من مساق المصنف أن كلا التليين استدلال من جانب التملك

(قوله بخلاف الرهن) جواب عما استشهد به و وجهه أن حكم الرهن الحبس ولا شيوع فيه بل ثبت لكل واحد منهما كلاً ولهذا الوقضى دين أحدهما لا يسترد شيئاً من الرهن وذلك لان رواية الجامع الصغير بينا ما وقع من الاختلاف بينهما وبين رواية الأصل وذلك لان رواية الجامع الصغير تدل على أن الشيوع في الصدقة لا يمنع الجواز عنده كما كان يمنع عن جواز الهبة ورواية الأصل تدل على أنه لا فرق بين الهبة والصدقة في منع الشيوع فيهما عن الجواز لانه سوى بينهما حيث عطف فقال وكذلك الصدقة لتوقفهما على القبض والشيوع يمنع القبض على سبيل الكمال ووجه الفرق على رواية الجامع الصغير أن الصدقة يراد بها وجه الله وهو واحد لا شريك له فيقع جيع العين لله تعالى على الخلو فلا شيوع فيها (١٢٨) وأما الهبة فيراد بها وجه الغني والفرق بينهما اثنتان وقيل هذا هو الصحيح وتأويل

بخلاف الرهن لان حكمه الحبس و ثبت لكل واحد منهما كلاً اذ لا تضايق فيه فلا شيوع ولهذا لو قضى دين أحدهما لا يسترد شيئاً من الرهن (وفي الجامع الصغير اذا تصدق على محتاجين بعشرة دراهم أو وهبها لهما جاز ولو تصدق به على غنيين أو وهبها لهما لم يجز وقال لا يجوز للغنيين أيضاً) جعل كل واحد منهما مجازاً عن الآخر والصلاحيه ثابتة لان كل واحد منهما معلق بغير بدل و فرق بين الصدقة والهبة في الحكم وفي الأصل سوى بينهما فقال وكذلك الصدقة لان الشيوع مانع في الفصلين اتوقفهما على القبض ووجه الفرق على هذه الرواية ان الصدقة يراد بها وجه الله تعالى وهو واحد والهبة يراد بها وجه الغني وهما اثنتان وقيل هذا هو الصحيح والمراد بالمدكور في الأصل الصدقة على غنيين ولو وهب لرجلين داراً لأحدهما ثلثاها وللاخر ثلثها لم يجز عند أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد يجوز ولو قال لأحدهما نصفها وللاخر نصفها عن أبي يوسف فيه روايتان

منهما في الصف وهو غير ممتاز فكان الشيوع وهو يمنع القبض على سبيل الكمال وليس منع الشيوع لجواز الهبة الا لذلك واذا ثبت الملك مشاعاً وهو حكم التملك ثبت التملك كذلك اذا الحكم ثبت بقدر دليله وهذا استدلال من جانب الملك انتهى ورد عليه بعض الفضلاء حيث قال لو كان تقرير الدليل ماحوره السارح انما قول المصنف فيكون التملك كذلك وقال والظاهر من مساق المصنف ان كلا الدليلين استدلال من جانب التملك انتهى (أقول) كأنه فهم من قول صاحب العناية وهذا استدلال من جانب الملك أن مراده أن هذا الاستدلال يتم بجانب الملك فقط فأورد عليه أنه لما جاز عند قول المصنف فيكون التملك كذلك وليس كذلك بل مراده أن مبدأ هذا الاستدلال هو جانب الملك كما يفصح عنه من الابتداءية في قوله من جانب الملك وهذا لا ينافي أن يتفرع عليه كون التملك أيضاً كذلك فيحصل من المجموع تمام الدليل ثم ان قوله والظاهر من مساق المصنف ان كلا الدليلين استدلال من جانب التملك ممنوع كما لا يخفى على الناظر في الكتاب (قوله ولو وهب لرجلين داراً لأحدهما ثلثاها وللاخر ثلثها لم يجز عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمه الله وقال محمد يجوز ولو قال لأحدهما نصفها وللاخر نصفها عن أبي يوسف فيه روايتان) اعلم أن التفصيل في الهبة اما أن يكون ابتداء من غير سابقة الاجمال أو يكون بعد الاجمال فان كان الاول لم يجز بخلاف سواء كان التفصيل بالفضل كالثلث والثلثين أو بالتساوي كالنصف وان كان الثاني لم يجز عند أبي حنيفة مطلقاً أي سواء كان متفاضلاً أو متساوياً وجاز عند محمد مطلقاً و فرق أبو يوسف بين المساواة والمفاضلة في المفاضلة لم يجز وفي المساواة جاز في رواية على ما هو المذكور في الكتاب بقوله وعن أبي

ما ذكر في الأصل الصدقة على غنيين فتكون مجازاً للهبة ويجوز المجاز على ما ذكره في الكتاب ان كل واحد منهما معلق بغير بدل قال (ولو وهب لرجلين داراً الخ) اعلم أن التفصيل في الهبة اما أن يكون ابتداء أو بعد الاجمال فان كان الاول لم يجز بخلاف سواء كان التفصيل بالفضل كالثلثين أو بالتساوي كقوله وهبت لك ثلثي شخص وهبت لك ثلثي آخر أو بالتساوي كقوله لشخص وهبت لك نصفه ولا آخر كذلك ولم يذكره في الكتاب وان كان الثاني لم يجز عند أبي حنيفة مطلقاً أي سواء كان متفاضلاً أو متساوياً هو على أصله وجاز عند محمد مطلقاً على أصله و فرق أبو يوسف بين المساواة والمفاضلة في المفاضلة لم يجز وفي المساواة جاز في رواية على ما هو المذكور في الكتاب بقوله وعن أبي

يوسف فيه روايتان هذا الذي يدل عليه ظاهر كلام المصنف وصاحب النهاية

جعل

(قوله فان كان الاول لم يجز بخلاف سواء كان التفصيل بالفضل كالثلثين أو بالتساوي كقوله وهبت لك ثلثي شخص وهبت لك ثلثي آخر أو بالتساوي كقوله لشخص وهبت لك نصفه ولا آخر كذلك ولم يذكره في الكتاب) أقول قوله لشخص متعلق بقوله كقوله وقوله لا آخر متعلق أيضاً والمعنى كقوله لشخص وهبت لك ثلثي وقوله لشخص آخر وهبت لك ثلثي وقوله التفصيل بالصادق المصلحة وقوله بالفضل بالصادق المحضة وقوله أو بالتساوي معطوف على قوله بالفضل والضمير في قوله ولم يذكره راجع الى الاول في قوله فان كان الاول لم يجز بخلاف

جعل قوله ولو قال لاحدهما نصفها والاخر نصفها عن أبي يوسف فيه روايتان تفصيلا ابتدا بيا ونقل عن عامة النسخ من التخييرة والايضاح وغيرهما أنه لم يحز بلا خلاف وليس بظاهر لان المصنف عطف ذلك على التفصيل بعد الاجال فالظاهر أنه ليس ابتدا بيا والفرق لابي يوسف ما ذكره في الكتاب أن بالتنصيص على الابعض يظهر أن قصده ثبوت الملك في البعض فيتحقق الشيوع وهو دليل على صورة التفصيل بالتفصيل وعلى صورته بالتساوي على رواية عدم الجواز وامار رواية الجواز فليكونها غير معدولة عن أصله وهو أصل محمد فليست بحاجة الى دليل وبهذا التوجيه يظهر خلل ما قيل ان في قوله ان بالتنصيص على الابعض يظهر أن قصده ثبوت الملك في البعض نوع اخلال حيث لا يعلم بماذا كرموضع خلافه من الابعض وماليس فيه خلاف من الابعض فإنه لو نص على الابعض بالتنصيف بعد الاجال كما في قوله وهبت لكاهذه الدار لك نصفها ولهذا انصفها جاز وانما لا يجوز عنده التنصيص على الابعض بالتنصيف اذ لم يتقدمه الاجال وذلك لانه يستدل على ما عدل فيه عن أصله والمذكور في الكتاب يدل عليه وأما صورة الجواز فليست بحاجة الى الدليل بل بانها على أصله ووضع دلالة التنصيص على الابعض على تحقق الشيوع في الهبة بالتنصيص على الابعض في الرهن فقال ولهذا لا يجوز اذ ارهن من رجلين ونص على الابعض (١٣٩) خلا أنه يستوى فيه المساواة والمفاضلة بناء

على أصل يصح أن يكون مبنى الجواز وعدمه في الهبة أيضا وهو أن التفصيل اذ لم يخالف مقتضى الاجال كان لغوا كما في التنصيف في الهبة لان موجب العقد عند الاجال غلظ كل واحد منهما النصف ولم يرد التفصيل على ذلك شيئا فكان لغوا واذا خالفه كما في التثليث كان معتبرا ويفيد تقرير العقد فكان أنه واجب لكل واحد منهما العقد في جزء شائع حملا لكلام العاقل على الافادة وكما في الرهن فان حالة التفصيل فيه تخالف حالة الاجال لان عند الاجال يثبت

فأبو حنيفة مر على أصله وكذا محمد والفرق لابي يوسف أن بالتنصيص على الابعض يظهر أن قصده ثبوت الملك في البعض فيتحقق الشيوع ولهذا لا يجوز اذ ارهن من رجلين ونص على الابعض

باب الرجوع في الهبة

جعل قول المصنف ولو قال لاحدهما نصفها والاخر نصفها عن أبي يوسف فيه روايتان تفصيلا ابتدا بيا حيث قال ولو فصل ابتدا بيا بالتنصيف من غير سابقة الاجال بأن قال لاحدهما وهبت لهذا نصف الدار ولهذا انصفها لم يحز بلا خلاف هكذا ذكر في عامة النسخ من الذخيرة والايضاح وغيرهما وذكر في الكتاب عن أبي يوسف فيه روايتان انتهى كلامه وقال صاحب العناية بعد ذكر ما ذهب اليه صاحب النهاية ههنا وليس هذا بظاهر لان المصنف عطف ذلك على التفصيل بعد الاجال فالظاهر أنه ليس ابتدا بيا انتهى (أقول) يرشد الى ما قاله صاحب العناية أن المصنف قال ولو قال لاحدهما نصفها والاخر نصفها لم يقل ولو وهب لاحدهما نصفها والاخر نصفها اذ لو كان مراده العطف على أول المسئلة الأولى لكانت المسئلة الثانية مسئلة مستقلة مبتدأة فيجب أن يقول ولو وهب بدل ولو قال كما في مسائل الهبة ولما قال ولو قال علم أن مراده العطف على ما في آخر المسئلة الأولى من التفصيل الواقع بعد الاجال فيكون الفرق بين المسئلتين بوقوع التفصيل بعد الاجال في الأولى بطريق المفاضلة وفي الأخرى بطريق المساواة انتهى كلامه

باب الرجوع في الهبة

لما كان حكم الهبة ثبوت الملك للوهوب له ملكا غير لازم حتى يصح الرجوع احتاج الى بيان مواضع

(١٧ - تكمله سابع) حق الحبس لكل واحد منهما في الكل وعند التفصيل لا يثبت

باب الرجوع في الهبة

قد ذكرنا أن حكم الهبة ثبوت الملك للوهوب له غير لازم فكان الرجوع ههنا وقد يمنع عن ذلك مانع فيحتاج الى ذكر ذلك وهذا الباب لبيان (قوله وليس بظاهر) أقول أي ما ذكره صاحب النهاية (قوله لان المصنف عطف) أقول بظاهره لقربه (قوله على التفصيل بعد الاجال) أقول فان قيل ممنوع وما المانع عن العطف على قوله ولو وهب الخ قلنا اتحاد التعليل أي دليل المفاضلة والمساواة فتأمل (قوله وعلى صورته بالتساوي) أقول الباطن متعلق بالضمير في قوله صورته (قوله وبهذا التوجيه يظهر خلل ما قيل الخ) أقول القائل صاحب النهاية (قوله وذلك لانه يستدل) أقول هذا فاطر الى قوله وبهذا التوجيه يظهر خلل ما قيل الخ (قوله خلا أنه يستوى فيه المساواة) أقول يعني يستوى في الرهن المساواة الخ

باب الرجوع في الهبة

(قوله وهذا الباب لبيان) أقول فيه بحث

(واذا وهب هبة لاجنبي فله الرجوع فيها) والمراد بالاجنبي ههنا من لم يكن ذارحم محرماً منه فخرج منه من كان ذارحم وليس بمحررم كبنى الاعمام والاخوان ومن كان محرماً ليس بذى رحم كالاخ الرضا عي وخروج بالتدكير في قوله وهب واجنبي الزوجان ولا بد من قيدين آخرين أحدهما وسلمها اليه والثاني ولم يقترب من موانع الرجوع شئ حال عقد الهبة ولعله تركهما اعتماداً على أنه يفهم ذلك في أثناء كلامه (وقال الشافعي لا رجوع فيها لقوله صلى الله عليه وسلم لا يرجع الواهب في هبته الا الوالد فيما به يولد) ورواها ابن عمر وابن عباس رضي الله عنهم (ولان الرجوع يضاد التملك والعقد لا يقتضي ما يضاده) (قوله بخلاف هبة الوالد لولده) جواب عما يقال فهذه العلة موجودة في هبة الوالد لولده وتقر به (١٣٠) اننا لانسلم ذلك لان التملك لم يتم لكونه جزأه (قوله على أصله) أي على الشافعي فان

قال (واذا وهب هبة لاجنبي فله الرجوع فيها) وقال الشافعي لا رجوع فيها لقوله عليه الصلاة والسلام لا يرجع الواهب في هبته الا الوالد فيما به يولد ولان الرجوع يضاد التملك والعقد لا يقتضي ما يضاده بخلاف هبة الوالد لولده على أصله لانه لم يتم التملك لكونه جزأه ولنا قوله عليه الصلاة والسلام الواهب أحق بهبته مالم يثب منها أي مالم يعوض

الرجوع وموانعه وهذا يابيه (قوله واذا وهب هبة لاجنبي فله الرجوع فيها) قال صاحب النهاية هذا اللفظ يحتاج الى القيد أي اذا وهب هبة لاجنبي أو لذى رحم ليس بمحررم أو لذى محرم ليس بغيره وسلمها اليه ولم يقترب من موانع الرجوع من الزوجية والعوض والزبادة وغيرها حال عقد الهبة فله الرجوع فيها اما بالقضاء أو بالرضاء من غير استحباب بل هو مكروه وبين كون هذه القيود محتاجا اليها بما لا مزيد عليه وقال صاحب العناية والمراد بالاجنبي ههنا من لم يكن ذارحم محرماً منه فخرج منه من كان ذارحم وليس بمحررم كبنى الاعمام والاخوان ومن كان محرماً ليس بذى رحم كالاخ الرضا عي وخروج بالتدكير في قوله وهب واجنبي الزوجان ولا بد من قيدين آخرين أحدهما وسلمها اليه والثاني ولم يقترب من موانع الرجوع شئ حال عقد الهبة ولعله تركهما اعتماداً على أنه يفهم ذلك في أثناء كلامه انتهى (أقول) في قوله وخروج بالتدكير في قوله وهب واجنبي الزوجان خلل فاحش اذ لو قصد بالتدكير في قوله وهب واجنبي اخراج المؤن نخرج من هذه المسئلة كل هبة كانت بين المرأتين وكل هبة كانت بين الرجل والمرأة وانما بقي منها الهبة التي كانت بين الرجلين ولا يخفى فساد ذلك بل الصواب ان التدكير الواقع في هذه المسئلة ليس لخراج المؤن وانما هو للبرى على ما هو المتعارف في أمثالها من تغليب الذكور على الاناث كما في خطابات الشرع على ما تقر في علم الاصول وان الزوجين انما يخترجان من هذه المسئلة بشأني القيد الذين اعترف الشارح المزبوراً بضابته لا بد منهما واعتذر عن تركهما بما ذكره ذلك ان لم يقترب من موانع الرجوع شئ حال عقد الهبة اذ لا شك ان الزوجية من جملة تلك الموانع * ثم أقول لما منع أن يمنع ان فهم القيد الاول من ذلك القيد في أثناء كلام القدوري في مختصره والعهد في هذه المسئلة على القدوري لانها من مسائل مختصرة فتأمل (قوله ولنا قوله عليه الصلاة والسلام الواهب أحق بهبته مالم يثب منها أي مالم يعوض) لا يقال يجوز أن يكون المراد منه ما قبل التسليم فلا يكون حجة لانا نقول لا يصح ذلك لانه أطلق اسم الهبة على المال وذا لا يكون قبل القبض والتسليم ولانه عليه الصلاة والسلام جعله أحق بها وهذا يقتضي أن يكون لغيره فيها حق وذلك انما يكون بعد القبض ولا تملو

من أصله أن للاب حق الملك في مال ابنه لانه جزؤه أو كسبه فالتملك منه كالتملك من نفسه من وجه (ولنا قوله صلى الله عليه وسلم الواهب أحق بهبته مالم يثب منها أي مالم يعوض) لا يقال يجوز أن يكون المراد به قبل التسليم فلا يكون بهبة لان ذلك لا يصح لان قوله أحق يدل على أن لغيره فيها حق ولا حق لغيره قبل التسليم ولا تملو كان كذلك لخلاف قوله مالم يثب منها عن الفائدة اذ هو أحق وان شرط العوض قبله

(قوله ذارحم محررم) أقول جرح على الجوار (قوله وخروج بالتدكير في قوله وهب واجنبي الزوجان) أقول فيه أنه لو صح ما ذكره نخرج المرأتان وكل رجل وامرأة بهب أحدهما لا خربل الوجه اذ حاله خروجه الى القيد الثاني الذي لا بد منه فان النساء يدخلن في أمثال تلك المسئلة بالتبعية على ما علم

(قوله أحدهما وسلمها اليه) أقول لا بد من هذا القيد والا لا يكون رجوعاً بل امتناعاً ولا خلاف في جوازه (قوله) كان والثاني ولم يقترب من موانع الرجوع شئ حال عقد الهبة (أقول فيه شئ (قوله والعقد لا يقتضي ما يضاده) أقول من الذي ادعى الاقتضاء (قوله أي على الشافعي) أقول الظاهر أن يقال على أصل الشافعي (قوله فان من أصله الخ) أقول بل الظاهر أن المراد أصله في تجوز الرجوع (قوله ولنا قوله عليه الصلاة والسلام الواهب أحق بهبته) أقول ولك أن تتأمل في أحقية الواهب بعد التسليم فان الثابت للوهوب له حقيقة الملك وللواهب حق التملك بالقضاء أو الرضا فكيف يكون الثاني أحق من الاول الآن يقال الاحقية باعتبار أن الواهب حق التملك بالملك الا لازم (قوله ولا حق لغيره قبل التسليم) أقول فيه بحث لان للوهوب له حق القبض للتملك في المجلس عندنا على ما مر (قوله ولا تملو كان كذلك لخلاف قوله مالم يثب منها عن الفائدة الخ) أقول هذا يجزى الى القول بمفهوم الغاية وقد نفاه الشارح

ولأن المقصود بالعقد هو التعويض للعادة فثبت له ولاية الفسخ عند فواته إذا انعقد بقبوله والمراد بما روي في استبعاد الرجوع واثباته للوالد

كان كذلك لحال قوله ما لم يثبت منها عن الفائدة اذ هو أحق وإن شرط العوض قبله كذا في النهاية والكفاية وهكذا ذكر في العناية أيضا إلا الوجه الأول من الوجوه الثلاثة المذكورة في الجواب وقد أشار في الكافي أيضا إلى تلك الوجوه الثلاثة حيث قال ولنا قوله عليه الصلاة والسلام الواهب أحق بهيته ما لم يثبت منها أي لم يعوض والمراد حق الرجوع بعد التسليم لأنها لا تكون هبة حقيقة قبل التسليم وإضافتها إلى الواهب باعتبار أنها كانت له كرجل يقول أنا كذا خبز فلان الخبز وإن كان اشترا منه ولأنه أثبت للواهب حقا أغلب من حق الموهوب به ولا يجتمع الحقان وحق الواهب أغلب لا بعد تمام الهبة بالقبض اذ لا حق للموهوب به قبل القبض ولأنه متهذا الحق إلى وصول العوض إليه وإذا في حق الرجوع بعد التسليم انتهى (أقول) في الوجه الأول والثاني من تلك الوجوه بحث أما في الأول فلأن عدم صحة إطلاق اسم الهبة على المال حقيقة قبل القبض والتسليم ممنوع فإن القبض ليس من أركان عقد الهبة بل هو شرط تحقق حكمه كما تقرر فيما مر فكان خارجا عن حقيقة الهبة ولئن سلم عدم صحة إطلاق اسم الهبة على المال حقيقة قبل القبض فلم لا يجوز إطلاق ذلك عليه مجازا باعتبار ما يؤول إليه كما في نحو أراي أني أعصر خراوق قد جوزت إضافتها إلى الواهب باعتبار أنها كانت له وهذا ليس بأبعد من ذلك وأما في الثاني فلأنه قد تقرر في علم العربية أنه يجوز استعمال أفعال مجردة عن معنى التفضيل مؤولا باسم الفاعل أو الصفة المشبهة حال كونه عاريا عن اللام والإضافة ومن ومنه قوله تعالى وهو أهن عليه اذ ليس شيء أهن على الله تعالى من شيء فلفظ أحق في هذا الحديث المذكور عار عن الأمور الثلاثة المزبورة فلم لا يجوز أن يعتبر مجردا عن معنى التفضيل فيصير المعنى الواهب حقيق بهيته ما لم يثبت منها فلا يقتضي أن يكون لغيره فيها حق نعم الظاهر الشائع أن تكون صيغة أفعال مستعملة في معنى التفضيل لكن المعارض مانع مستند باحتمال أن لا يكون معنى التفضيل مقصودا في الحديث المذكور الذي استدلوا به على جواز الرجوع في الهبة بعد القبض ولا يخفى أن الاحتمال كاف في مقام المنع فادح في مقام الاستدلال على أن لقائل أن يقول لو كان معنى التفضيل مقصودا في الحديث المذكور فصار المراد أن يثبت للواهب في هبته حق أغلب من حق الموهوب له فيها لما كان الرجوع عنها مكرها ولما قال النبي عليه الصلاة والسلام العائد في هبته كالعائد في قبضه لأن الرجوع حينئذ يصير في حكم تفضيل الناضل وترجيح الغالب فالوجه تجريده أحق في الحديث المذكور عن معنى التفضيل تطبيقا للقامين وتوفيقا للكلامين فتأمل ثم إن بعض الفضلاء قدح في الوجه الثالث أيضا من تلك الوجوه حيث قال هذا يجرى إلى القول بمفهوم الغاية وقد نفاه الشارح يعني صاحب العناية (أقول) صرح المحقق التفتازاني في التلويح في باب المعارضة والترجيح بأن مفهوم الغاية متفق عليه فكيف ينفيه الشارح المزبور (قوله ولأن المقصود بالعقد هو التعويض للعادة) لأن العادة الظاهرة أن الإنسان يهدي إلى من فوقه ليصونه بجأهه وإلى من يساويه ليخدمه وإلى من يساويه ليغضبه وإذا تطرق الخلل فيما هو المقصود من العقد يتمكن العاقد من الفسخ كالشترى إذا وجد بالمبيع عيبا فثبت له ولاية الفسخ عند فوات المقصود إذا انعقد بقبوله والمراد بما روي في استبعاد الرجوع يعني لا يستبد الواهب بالرجوع في الهبة ولا يفرد به من غير قضاء أو رضا إلا للوالد

(ولأن المقصود في الهبة هو التعويض للعادة) لأن العادة الظاهرة أن الإنسان يهدي إلى من فوقه ليصونه بجأهه وإلى من يساويه ليخدمه وإلى من يساويه ليغضبه وإذا تطرق الخلل فيما هو المقصود من العقد يتمكن العاقد من الفسخ كالشترى إذا وجد بالمبيع عيبا فثبت له ولاية الفسخ عند فوات المقصود إذا انعقد بقبوله والمراد بما روي في استبعاد الرجوع يعني لا يستبد الواهب بالرجوع في الهبة ولا يفرد به من غير قضاء أو رضا إلا للوالد

(قوله لأن العادة الظاهرة أن الإنسان يهدي إلى من فوقه ليصونه بجأهه الخ) أقول المفهوم من هذا التقرير بخلاف المدعى حيث خص التعويض بالتساويين والمدعى كان أعظم

لأنه يتملك الحاجة وذلك يسمى رجوعاً وقوله في الكتاب أنه الرجوع لبيان الحكم أما الكراهة فلازمة لقوله عليه الصلاة والسلام العائد في هبته كالعائد في قبته وهذا الاستقباح ثم الرجوع موانع ذكر بعضها

التعويض بالصيانة وبالخدمة وبالمال فالخصوص بالتساويين هو التعويض المالي وأما التعويض المطلق فيوجد في الأعلى والأدنى والمساوي والتعليل المذكور يشمل الصور الثلاث فلا يضره كون المدعي أعم فانه يدل على جواز الرجوع في الكل ما لم يعرض تأمل تفهم واعلم أن صاحب العناية ليس بمفرد في ذلك التقرير بل سبقه إليه صاحب النهاية وغيره فقال في النهاية توضيحه أنه أن مقصوده من الهبة للأجانب العوض والمساواة لأن الإنسان يهدي إلى من فوقه ليس هو بمجابهة وإلى من دونه ليخدمه وإلى من يساويه ليعوضه ومنه يقال لا يبدى قروض انتهى * ثم إن صاحب التسهيل اعترض على أصل هذا الدليل حيث قال أقول على هذا التعليل لو قيد بنفي العوض ينبغي أن يمنع الرجوع لأنه يظهر أن العوض ليس بمقصود ولكن قوله عليه الصلاة والسلام ما لم يعرض يدل على جواز الرجوع وان قيد بنفي العوض انتهى (أقول) يمكن أن يجاب عنه بأننا لم نسلم ظهور أن العوض ليس بمقصود عند التقييد بنفي العوض فان التعويض من الموهوب له ليس بايجاب الواهب إياه والغائب بل بحسب مروة الموهوب له وجري العادة على التعويض وبنى الواهب التعويض لا يفتقر ذلك بل ربما يكون نفيه إياه سبباً لهيجان مروة الموهوب له ويجوز أن يقصد ذلك الواهب بنفيه إياه ذلك المعنى ولئن سلمنا ظهور ذلك فنقول الوجه المذكور على فوعة لاثبات نوع الحكم وذلك لا يستلزم الاطراد في كل صورة كما قالوا مثل هذا في الوجه الثاني من وجهي عدم جواز هبة المشاع فيما يقسم فيما هو فنذكر (قوله) لأنه يتملك الحاجة وذلك يسمى رجوعاً أي باعتبار الظاهر وان لم يكن رجوعاً في الحكم كذا في الكافي وعامة الشروح وقال بعض الفضلاء بل شراء ما عن قـوله وان لم يكن رجوعاً في الحكم (أقول) ليس هذا بصحيح لأن المراد بتملك الواهبها غلبته بطريق الاتفاق على نفسه لا بطريق الشراء لأن الشراء مما لا ماس له بالهبة فلا يناسب تأويل الحديث المزبور قطعاً ولأن قولهم للحاجة يعين الأول لعدم الاحتياج إلى الحاجة في غلبته بالشراء على أنهم صرحوا بالاول حيث قال في البدائع فإنه يحل له أخذه من غير رضا الولد ولا قضاء القاضي إذا احتاج إليه للاتفاق على نفسه انتهى وقال في الكفاية من شروح هذا الكتاب فإنه يستقل بالرجوع فيما يهب لولده عند احتياجه إلى ذلك للاتفاق على نفسه انتهى إلى غير ذلك من المعتمديات (قوله وقوله في الكتاب أنه أن يرجع لبيان الحكم أما الكراهة فلازمة لقوله عليه الصلاة والسلام العائد في هبته كالعائد في قبته وهذا الاستقباح) قال الشارح العيني قبل قد استدل المصنف على كراهة الرجوع بهذا الحديث الصحيح ثم بشرطون في جوازه الرضا أو القضاء فإذا كان الرجوع بالرضا فلا كلام فيه ولا إشكال وأما إذا كان بالقضاء فكيف يسوغ للقاضي الاعانة على مثل هذه المعصية وكيف تكون اعانته على المعصية التي هي معصية أخرى متممة للجواز وإذا كان الرجوع قبل القضاء غير جائز فبعده كذلك لأن قضاء القاضي لا يحل الحرام ولا يحرم الحلال وانما قضاء القاضي اعانة لصاحب الحق على وصوله إلى حقه فإذا كان الرجوع في الهبة لا يحل لا يصير بالقضاء حلالاً وقد اعترف المصنف بعد ذلك بأن في أصل الرجوع في الهبة فكيف يسوغ للقاضي الإقدام على أمر ومكر وما انتهى كلامه (أقول) هذا الاشكال انما نشأ من عدم الوقوف على أن محل القضاء فيما نحن فيه ماذا فإن الذي كان مكرهاً وانما هو نفس الرجوع عن الهبة لا جواز

فانه ذلك إذا احتاج إليه لحاجته وسمى ذلك رجوعاً باعتبار الظاهر وان لم يكن رجوعاً في الحكم (وقوله في الكتاب) أي القدوري (فله الرجوع لبيان الحكم أما الكراهة فلازمة لقوله صلى الله عليه وسلم العائد في هبته كالعائد في قبته وهذا الاستقباح) لا تخبر به بدليل قوله صلى الله عليه وسلم في حديث آخر العائد في هبته كالكلب يقي ثم يعود حيث شبهه بعود الكلب في قبته وفعله لا يوصف بالحرمة (ثم للرجوع موانع ذكر بعضها) يعني القدوري وقد جمعها القائل في قوله موانع الرجوع في فصل الهبة * بإصاحي حروف دمع خرقه فالدال الزيادة والميم موت الواهب أو الموهوب له والعين العوض والغناء خروج الهبة عن ملك الموهوب له والزاي الزوجية والقاف القرابة والهاء هلاك الموهوب وذكر المصنف

(قوله وان لم يكن رجوعاً في الحكم) أقول بل شراء (قوله وهذا الاستقباح لا تخبر به) أقول فيه ثبت (قوله بدليل قوله عليه الصلاة والسلام في حديث آخر) أقول الاظهر في رواية أخرى

(فقال الآن يعرضه عنها الحصول المقصود أو تزيد زيادة متصلة) ولا بد من قيد آخر وهو أن يقال تورث زيادة في قيمة الموهوب أما اشتراط الزيادة فلان النقصان لا يمنع الرجوع وأما اشتراط الاتصال فلان المتصلة لا تنعقد فان الجارية الموهوبة اذا ولدت كان للواهب الرجوع وانما منعت المتصلة (لانه لا وجه للرجوع فيها دون الزيادة لعدم إمكان الفصل ولا معها لعدم دخولها تحت العقد) وأما اشتراط كونها مؤثرة في زيادة القيمة فلانها لو لم تكن كذلك عادت نقصانا (١٣٣) فرب زيادة صورة كانت نقصانا

في المعنى كالأصبع الزائدة مثلا وطول بالفرق بين الرد بالعيب والرجوع في الهبة في أن الزيادة المنفصلة تمنع الرد بالعيب دون الرجوع في الهبة والمنفصلة بالهبة واجب بأن الرد في المنفصلة اما أن رد على الاصل والزيادة جميعا أو على الاصل وحده لا يسيل الى الاول لان الزيادة اما أن تكون مفصولة بالرد أو بالتبعية والاول لا يصح لان العقد لم يرد عليها والفسخ يرد على مورد العقد وكذلك الثاني لان الولد بعد الانفصال لا يتبع الام لاحالة ولا الى الثاني لانه تبقي الزيادة في يد المشتري مجانا وهو ربا بخلاف الرجوع في الهبة فان الزيادة لو بقيت في يد الموهوب له مجانا لم تنفض الى الربا وأما في المتصلة فلان الرد بالعيب انما هو ممن حصلت على ملكه فكان فيه اسقاط حقه برضاه فلا تكون الزيادة

فقال (الآن يعرضه عنها) الحصول المقصود (أو تزيد زيادة متصلة) لانه لا وجه الى الرجوع فيها دون الزيادة لعدم الامكان ولا مع الزيادة لعدم دخولها تحت العقد قال (أو يموت أحد المتعاقدين) لان يموت الموهوب له ينتقل الملك الى الورثة فصار كما اذا انتقل في حال حياته واذا مات الواهب فوارثه أجنبي عن العقد اذ هو ما أوجبه قال (أو تخرج الهبة عن ملك الموهوب له) لانه حصل بتسليطه فلا يتقضه ولانه تجدد الملك بتجدد سببه

الرجوع عنها والذي يكون محلا للقضاء انما هو جواز الرجوع عنها لانفس الرجوع فان القاضي لا يقول للواهب في حكمه له عند الترافع مع الموهوب له ارجع عن هبتك بل يقول لك الرجوع عنك مع كراهة فيه وليس في قضائه هذا اعانة على أمر مكرره بل فيه اجراء حكم شرعي على أصل اختلفوا هو جواز الرجوع عن الهبة مع كراهة فيه فان رجع الواهب عنها بعد ذلك كان مرتكباً للكره ويطوع نفسه لا باعانة القاضي عليه وان امتنع الموهوب له بعد ذلك عن دفعها اليه بلزمه القاضي دفعها اليه وليس فيه أيضا الزام المكرره لان دفع الهبة الى الواهب ليس بمكرره بل هو واجب على الموهوب بعد أن رجع الواهب عنها بلا مانع عن الرجوع وان كان نفس الرجوع مكرره وانما ان القاضي لا يحلل الحرام ولا يحرم الحلال ولكن يجعل الضعيف قويا والمختلف فيه متفقا عليه بتعلق حكمه بذلك كما تقرر في موضعه ثم ان الضعيف اذا كان ناشئا من اختلاف العلماء في مثله لا يمنع القاضي عن الاقدام على الحكم بها سيما اذا وافق مذهبه وما نحن فيه من هذا القبيل كما ترى فاندفع الاشكال المذكور بحذفه هكذا ينبغي أن يفهم هذا المقام (قوله أو تزيد زيادة متصلة) قال صاحب العناية ولا بد من قيد آخر وهو أن يقال تورث زيادة في قيمة الموهوب اه (أقول) بل من ذلك القيد الآخر بقوله أو تزيد زيادة متصلة لان ما لا يورث زيادة في قيمة الموهوب نقصان في الحقيقة وان كان في صورة الزيادة كما صرحوا به فاطبة حتى صاحب العناية نفسه حيث قال فيما بعد وأما اشتراط كونها مؤثرة في زيادة القيمة فلانها لو لم تكن كذلك عادت نقصانا فرب زيادة صورة كانت نقصانا في المعنى كالأصبع الزائدة مثلا اه والظاهر أن الاعتبار للمعنى دون الصورة فلا احتياج الى قيد زائد ولقد أحسن صاحب النهاية في البيان ههنا حيث قال ثم اعلم أن المراد من الزيادة المتصلة هو الزيادة في نفس الموهوب بشئ يورث زيادة في قيمة الموهوب كالسمن والجمال أو مالو زاد الموهوب في نفسه لكن لا تورث تلك الزيادة زيادة في قيمته فهو ليس بزيادة حقيقة فلا تمنع الرجوع فانه قد يكون الشئ زيادة صورة نقصانا معنى كالأصبع الزائدة وما أشبه ذلك وقال هكذا كله في الذخيرة * ثم أقول ببقية ههنا شي وهو انهم صرحوا بأن الزيادة الصورة التي لا تورث زيادة في القيمة كالزيادة الحاصلة بطول القامة وبالأصبع الزائدة لا تمنع الرجوع مع أن الدليل الذي ذكره والمنع الزيادة المتصلة الرجوع وهو انه لا وجه للرجوع فيها دون الزيادة لعدم الامكان ولا مع الزيادة لعدم دخولها تحت العقد جار بعينه في تلك الصورة أيضا فليست أم

مانعة عنه بخلاف الرجوع في الهبة فان الرجوع ليس برضا ذلك ولا باختياره فكانت مانعة (واذا مات أحد المتعاقدين بطل الرجوع أيضا لانه ان مات الموهوب له فقد انتقل الملك الى الورثة وخرج عن ملكه فصار كما اذا انتقل في حال حياته واذا مات الواهب فوارثه أجنبي عن العقد اذ هو ما أوجبه وكذلك اذا خرج الهبة من ملك الموهوب له لانه حصل بتسليطه ولانه تجدد الملك بتجدد سببه) وهو التملك وتبدل الملك كتبدل العين وفي تبدل العين لم يكن له الرجوع فكذا في تبدل السبب

قال (فان وهب لا آخر أرضا بيضاء الخ) هذا فروع من الزيادة المتصلة فكان حقها التقديم والآخر هو المعلق عند العامة وهو المراد عند الفقهاء وعند العرب الآخرى وهي عروة جبل تشد اليها الدابة بحبسها فاعول من نأري بالمكان اذا أقام فيه وقيد بقوله (وكان ذلك زيادة فيها) والواو للعالم لان ما لا يكون كذلك أو كان ولكن لعظم المكان بعد زيادة في قطعة منها لا يمنع الرجوع في غيرها وكلامه واضح وقوله (واذا قال الموهوب له للواهب) بيان الالفاظ التي تستعمل في العوض عن الهبة ليقع المدفوع الى الواهب عوضا يبطل به الرجوع وأما اذا وهب من الواهب شيئا ولم يعلم الواهب أنه عوض هبته فلكل واحد منهما ما أن يرجع في هبته وليس من شرط العوض أن يساوي الموهوب بل القليل والكثير الجنس وخلافه سواء لانهم ليست بعوض محضة فلا يتحقق فيها الربا ولا أن ينحصر العوض على الموهوب بل لو عوضه عنه أجنبي متبرعا صاع (واذا قبضه الواهب بطل الرجوع لان العوض لا يسقط الحق فيصع من الأجنبي كبذل الخلع والصلح) لكنه يشترط فيه (١٣٤) شرائط الهبة من القبض والافراز لانه تبرع ويشترط أن لا يكون العوض بعض الموهوب

مثل أن يكون الموهوب دارا أو العوض بيت منها أو الموهوب ألفا والعوض درهم منها فانه لا ينقطع به حق الرجوع لاننا نعلم يقين أن قصد الواهب من هبته لم يكن ذلك فلا يحصل به خلافا لفرق فانه قال الحق ذلك بسائر أمواله وبالقليل من ماله ينقطع الرجوع فكذلك هذا والجواب أن الرجوع فيه قبل العوض صحيح دون سائر أمواله فلم يلتحق به فان قيل هل في قوله متبرعا فائدة أو ذكره تشافا أجيب بأنه من إثبات الحكم بطريق الاولى وذلك لان الرجوع لما بطل بتعويض المتبرع كان بتعويض المأمور بذلك من الموهوب له أولى أن يبطل لان الموهوب له يؤدي الى المعوض ما أمر به فظاهر افسار كتعويضه بنفسه

قال (فان وهب لا آخر أرضا بيضاء فأثبت في ناحية منها نخسلا أو بني بيتا أو دكانا أو آريا وكان ذلك زيادة فيها فليس له أن يرجع في شيء منها) لان هذه زيادة متصلة وقوله (وكان ذلك زيادة فيها) لأن الدكان قد يكون صغيرا حقيرا لا يعد زيادة أصلا وقد تكون الارض عظيمة بعد ذلك زيادة في قطعة منها فلا يمنع الرجوع في غيرها قال (فان باع نصفها غير مقسوم يرجع في الباقي) لان الامتناع بقدر المانع (وان لم يبيع شيئا منها له أن يرجع في نصفها) لان له أن يرجع في كلها فكذلك في نصفها بالطريق الاولى قال (وان وهب هبة لذى رحم محرم منه فلا رجوع فيها) لقوله عليه الصلاة والسلام اذا كانت الهبة لذى رحم محرم منه لم يرجع فيها ولا ان المقصود فيها صلة الرحم وقد حصل (وكذلك ما وهب أحد الزوجين للآخر) لان المقصود فيها الصلة كافي القرابة وانما ينظر الى هذا المقصود وقت العقد حتى لو تزوجها بعد ما وهب لها فله الرجوع ولو أبانها بعد ما وهب فلا رجوع قال (واذا قال الموهوب له للواهب خذ هذا عوضا عن هبتك أو بدل أعني أو في مقابلتها قبضه الواهب سقط الرجوع) لحصول المقصود وهذه العبارات تؤدي معنى واحدا (وان عوضه أجنبي عن الموهوب له متبرعا فقبض الواهب العوض بطل الرجوع) لان العوض لا يسقط الحق فيصع من الأجنبي كبذل الخلع والصلح

في التوجيه (قوله فان وهب لا آخر أرضا بيضاء فأثبت في ناحية منها نخسلا) قال صاحب العناية هذا نوع من الزيادة المتصلة فكان حقها التقديم اه أقول وجه التأخير أن المصنف ذكره أن يفصل بين الالفاظ المذكورة بطريق الاستثناء في مسألة مختصر القدوري بذ كرمسلة مستقلة من مسائل الجامع الصغير وهي هذه المسئلة فان المستثنى مع المستثنى منه ككلام واحد فلا ينبغي أن يذكرا بينهما كلام آخر مستقل بنفسه وقال بعض الفضلاء في الاعتذار عنه الآن المصنف قصد سرد أصول الموانع ثم التفرع على الترتيب وتأخير التعويض لما فيه من كثرة التفصيل اه (أقول) ليس هذا بشيء لان المصنف لو قصد سرد أصول الموانع ثم التفرع على الترتيب لما ذكر القرابة الهرمية والزوجة من أصول الموانع بين التفرعات بقوله وان وهب هبة لذى رحم محرم منه فلا رجوع فيها بقوله وكذلك ما وهب أحد الزوجين للآخر تبصر تفت (قوله فان باع نصفها غير مقسوم يرجع في الباقي) أقول قيد

ولو عوضه بنفسه لم يبق شبهة في بطلان حق الرجوع فكذلك اذا عوض بأمره غير أن المعوض عنه لا يرجع عليه النصف بما عوض سواء كان بأمره أو بغير أمره ما لم يضمن الموهوب له صريحا أما اذا كان بغير أمره فظاهر وأما اذا كان بأمره فلا نفي التعويض لما كان غير مستحق على الموهوب له كان أمره بذلك أم بالبرع بما ل نفسه على غيره وذلك لا يوجب عليه الضمان ما لم يضمن

(قوله هذا فروع من الزيادة المتصلة فكان حقها التقديم) أقول الآن المصنف قصد سرد أصول الموانع ثم التفرع على الترتيب وتأخير التعويض لما فيه من كثرة التفصيل (قوله لا يمنع الرجوع في غيرها) أقول ليس في محله (قوله ولا أن ينحصر العوض) أقول معطوف على قوله ان يساوي الموهوب قال المصنف (كبذل الخلع والصلح) أقول قال في الكافي عن دم العمد وانما يقيد به ليستقيم معنى الاسقاط (قوله لكنه يشترط فيه) أقول يعني يشترط في العوض (قوله لا نأعلم يقين أن قصد الواهب من هبته لم يكن ذلك الخ) أقول مانع هذا اليقين أخذه الواهب عوضا عن هبته (قوله فلا يحصل به) أقول فيه بحث (قوله والجواب أن الرجوع فيه قبل العوض صحيح الخ) أقول فيه بحث

(واذا استحق نصف الهبة رجع نصف العوض لأنه لم يسلم له ما يقابل نصفه وان استحق نصف العوض لم يرجع في الهبة إلا أن يرد ما بقي ثم يرجع) عند علمائنا الثلاثة (وقال زفر يرجع نصف العوض) فاس أحد العوضين على الآخر لان كل واحد منهما مقابل بالآخر كما في بيع العرض بالعرض فإنه اذا استحق بعض أحدهما يكون المستحق عليه أن يرجع على صاحبه بما يقابله (ولنا أن الباقي يصلح أن يكون عوضا عن الكل من الابتداء) وما يصلح أن يكون عوضا عن الكل من الابتداء يصلح أن يكون عوضا عنه في البقاء لان البقاء أسهل من الابتداء ولأن ما يصلح أن يكون عوضا عن الكل في الابتداء يصلح أن يكون عوضا عنه في البقاء بالاستحقاق اذ به ظهر أنه لا عوض من الابتداء الا هو وعروض بأن الفرض أنه عوض وأجزاء العوض تنقسم على أجزاء المعوض فاذا كان الكل في الابتداء عوضا عن الكل كان النصف في مقابلة النصف فكان عوضا عن النصف ابتداءً وأجيب بأن ذلك في المبادلات تحقيقا لها وما نحن فيه ليس كذلك فليس له الرجوع في شيء من الهبة مع سلامة جزء من العوض بما ذكرنا من الدليل بخلاف ما اذا كان العوض مشروطا لانها تتم مبادلة فيوزع البديل على المبدل والجواب عن قياس زفر أن المعوض على الواهب العوض في مقابلة الموهوب قطعا فاعتبر المقابلة والانقسام وأما الواهب فملك الهبة ابتداءً من غير أن يقابله شيء ثم أخذ العوض على التسقوط حق الرجوع والعللة لا تنقسم على أجزاء الحكم (قوله الأأنه) أي الأأن الواهب (بتخيير) بين أن يرد ما بقي من العوض ويرجع في الهبة وبين أن يسلمه ويرجع بشيء (لأنه ما أسقط حقه في الرجوع إلا يسلمه كل العوض ولم يسلم له أن يرد ما بقي من العوض (١٣٥) وان وهب دارا فعوضه من نصفها رجع بالنصف الذي لم يعوض لان المانع

الخص النصف) غاية ما في الباب أنه لم يرد ما بقي من ذلك الشيوع لكنه طارئ فلا يضر كالو يرجع في النصف لا عوض فان قيل قد تقدم أن العوض لا سقط الحق فوجب أن يعمل في الكل لئلا يسلم تحزق الاسقاط كما في الطلاق أجيب بأنه ليس باسقاط من كل وجه لما تقدم أن فهم معنى المقابلة فيجوز التعزؤ باعتبار مختلف الطلاق قال (ولا يصح

قال) (واذا استحق نصف الهبة رجع نصف العوض) لأنه لم يسلم له ما يقابل نصفه (وان استحق نصف العوض لم يرجع في الهبة إلا أن يرد ما بقي ثم يرجع) وقال زفر يرجع بالنصف اعتبارا بالعوض الآخر ولنا أنه يصلح عوضا للكل من الابتداء والاستحقاق ظهر أنه لا عوض الا هو إلا أنه يتخير لأنه ما أسقط حقه في الرجوع إلا يسلمه كل العوض ولم يسلم له أن يرد ما بقي (وان وهب دارا فعوضه من نصفها رجع الواهب في النصف الذي لم يعوض) لان المانع خص النصف قال (ولا يصح الرجوع الا بتراضيهما أو بحكم الحاكم) لأنه مختلف بين العلماء

النصف في الكتاب بكونه غير مقسوم والظاهر عدم التقييد بذلك كما وقع في عامة المعترات اذا الحكم فيما اذا باع نصفها مقسوما كذلك قطعا وتخصيص الشيء بالذكر في الروايات يدل على نفي الحكم عما عداه كما صرحوا به وكان وجه التقييد في الكتاب ارادة اثبات الحكم في المقسوم بالطريق الاولى فإنه لما صح الرجوع في الباقي فيما اذا باع نصفها غير مقسوم كان صحة الرجوع في الباقي فيما اذا باع نصفها مقسوما أولى كما لا يخفى وسيأتي التعرض من الشرح لتطير هذا في قوله وان عوضه أجنبي عن الموهوب له متبرعا فنبصر (قوله وقال زفر رجع الله يرجع بالنصف) قال صاحب العناية في شرح هذا المقام وقال زفر رجع الله يرجع نصف العوض (أقول) هذا سهو فان المراد بالنصف في قول المصنف

الرجوع الا بتراضيهما الخ) لا يصح الرجوع في الهبة الا بالرضا والقضاء لأنه مختلف فيه بين العلماء قبل لان الرجوع عندنا خلا للشافعي واذا كان كذلك كان ضعيفا فلم يعمل بنفسه في ايجاب حكمه وهو الفسخ ما لم ينضم اليه قرينة لتقوى بها كالهبة فانها الماضعة لكونها تبرعاً لم يتقد حكمها ما لم ينضم اليها القبض وفيه نظر تقدم غير مرة والمخلص حله على اختلاف الصحابة ان ثبت

(قوله ولنا أن الباقي يصلح أن يكون عوضا عن الكل من الابتداء وما يصلح الخ) أقول وكذلك في بيع العرض بالعرض وجوابه بأن المراد أن الباقي فيما ليس من المبادلات غير مفيد قتأمل (قوله ولأن ما يصلح أن يكون عوضا عن الكل في الابتداء الخ) أقول فيه بحث فان أحد الوجهين لا يستقل وجهه الا بملاحظة الآخر ووقع في نسخة مقررة على الشارح هكذا ولنا أن الباقي يصلح أن يكون عوضا عن الكل من الابتداء وما يصلح أن يكون عوضا عن الكل من الابتداء يصلح أن يكون عوضا عنه في البقاء بالاستحقاق اذ به يظهر الخ (قوله فلم يعمل بنفسه في ايجاب حكمه) أقول فيه تسامح لان الرجوع ليس من حكمه والمراد في ايجاب ما هو حكمه (قوله لكونها تبرعاً لم يتقد حكمها ما لم ينضم اليها القبض) أقول منقوض بمثل بيع الباقلاء والجوز والوزق فشره فانه لا يجوز عند الشافعي مع أنه يفيد حكمه عندنا بلا انضمام قرينة (قوله وفيه نظر تقدم غير مرة) أقول يعني أن خلاف الشافعي متأخر فكيف يبنى الحكم المتقدم على ما يتحقق بعد (قوله والمخلص حله على اختلاف الصحابة ان ثبت) أقول وأتابعين بل هو أولى لئلا يخالف ادعاء أصحابنا الاجماع على جواز الرجوع من الصحابة رضي الله عنهم

(قوله وفي أصله وهاء) أي في أصل الرجوع ضعف لأنه ثبت بخلاف القياس لكونه تصرفاً في ملك الغير ولهذا يبطل بالزيادة المتصلة
وبغيرها من الموانع قال في المغرب الوعاء بالمد خطأ وانما هو الوهي وهو خطأ لأن مد المقصور اسماعى ليس بخطأ وتخطئة ما ليس بخطأ
خطأ (قوله وفي حصول المقصود وعدمه خفاء) لأن مقصودهم منها أن كان الثواب فقد حصل وإن كان العوض لم يحصل (ة) إذا تردد (لا بد
من الفصل بالرضا أو القضاء حتى لو كانت الهبة عبداً فاعتقه قبل القضاء نفذ ولو منعه فهل) قبله (لم يضمن لقيام ملكه فيه وكذا إذا هلك
في يده بعده لأن أول القبض غير مضمون وهذا دام على ذلك إلا أن ينعه بعد الطلب لأنه تعدى وإذا رجع بالقضاء أو بالرضا كان فسخاً
من الأصل) وخالف زفر في الرجوع بالتراضي وجعله بمنزلة الهبة المبتدأة لأن الملك عاد إليه بتراضيه ما فاق شبه الرد بالعيب فإنه إذا كان
بالقضاء كان فسخاً وإذا كان بالتراضي فهو كالبيع المبتدأ والجواب أن التراضي على سبب موجب للملك أو على رفع سبب لازم يجعل العقد
أبداً ثباتاً وهناتاً راضياً على رفع سبب (١٣٦) غير لازم وذلك لا يوجب ملكاً مبتدأ بل يكون فسخاً من الأصل (حتى

وفي أصله وهاء وفي حصول المقصود وعدمه خفاء فلا بد من الفصل بالرضا أو بالقضاء حتى لو كانت
الهبة عبداً فاعتقه قبل القضاء نفذ ولو منعه فهل لم يضمن لقيام ملكه فيه وكذا إذا هلك في يده بعده
القضاء لأن أول القبض غير مضمون وهذا دام عليه إلا أن ينعه بعد طلبه لأنه تعدى وإذا رجع بالقضاء
أو بالتراضي يكون فسخاً من الأصل حتى لا يشترط قبض الواهب ويصح في الشائع لأن العدة ووقع
جائزاً موجباً حق الفسخ فكان بالفسخ متوفياً حقاً ثابتاً له فيظهر على الإطلاق

وقال زفر يرجع بالنصف انما هو نصف الهبة دون نصف العوض وهذا مع كونه ظاهراً من تقرير
المصنف منصوص عليه في الكافي والكفاية وغاية البيان وغيرها (قوله وفي أصله وهاء) أي في أصل
الرجوع ضعف قال صاحب الكافي في تعليل ذلك لأن الواهب أن كان يطالب بحقه فالموهوب له يمنع
ملكه وقال تاج الشريعة لأنه ثابت بخلاف القياس لكونه تصرفاً في ملك الغير ولهذا يبطل بالزيادة
المتصلة وبغيرها من الموانع واقتنى أثره صاحب العناية والشارح العيني (أقول) في قولهم ولهذا
يبطل بالزيادة المتصلة وبغيرها من الموانع خلل لأن الرجوع ثابت بخلاف القياس في جميع الصور أي
فيما يوجد فيه المانع عنه وفيما لم يوجد فيه ذلك لكونه تصرفاً في ملك الغير في الجميع فلا يصح تقرير
بطلانه في صور تحقق المانع عنه على كونه ثابتاً بخلاف القياس إذ لو كان علة البطلان ذلك لزم أن
يبطل في جميع الصور لعدم انشكاكه عن تلك العلة في صورة فالصواب أن بطلانه بالزيادة المتصلة
وبغيرها من الموانع لما ذكر من الأدلة المفصلة في مسائلها لا لكونه ثابتاً بخلاف القياس واعتراض
بعض الفضلاء على قواهم لأنه ثابت بخلاف القياس حيث قال فيه بحث لا تنقاضه بكل ما ثبت بالنص
على خلاف القياس (أقول) هذا ساقط لأنه إن أرادنا تنقاضه بكل ما ثبت بالنص على خلاف القياس
أنه يقتضي أن يكون كل ما ثبت بالنص على خلاف القياس ضعيفاً أمّا المذمور في ذلك إذا الظاهر أن كل
ما ثبت على خلاف القياس ضعيف بالنسبة إلى ما ثبت على وفق القياس ألا ترى أنهم قالوا كل ما ثبت
بالنص على خلاف القياس من الأحكام يختص بغير النص بخلاف ما ثبت به على وفق القياس وإن

لا يشترط قبض الواهب
ويصح في الشائع) كما إذا
وهب الدار ثم رجع في
نصفها ولو كان الرجوع
بغير القضاء هبة مبتدأة
صح فيها يحتل القسمة
كما في الابتداء فصحته
دليل على بقاء العقد في
النصف الآخر والشروع
طارئ لا أثره فيها (قوله
لأن العقد) هو الدليل
على المطلوب وتقريره
أن هذا العقد جائز الفسخ
لما تقدم من ثبوت حق
الرجوع وما هو جائز
الفسخ يقتضي جواز استيفاء
حق ثابت له ولا فرق في
ذلك بين الرضا والقضاء
لأنهما يفعلان بالتراضي
ما يفعل القاضى وهو
الفسخ فيظهر على
الإطلاق ليس عمل التراضي
والقضاء

إراد

(قوله لأنه ثبت بخلاف القياس) أقول فيه بحث لا تنقاضه بكل ما ثبت بالنص على خلاف القياس (قوله قال في المغرب الوعاء بالمد
خطأ وانما هو الوهي وهو خطأ لأن مد المقصور اسماعى ليس بخطأ وتخطئة ما ليس بخطأ وهذا خطأ عظيم
لأن الوهي على وزن الرمي يسكون الهاء ومد مثله خطأ لا محالة انتهى أقول والعذر للمصنف أن المد لا راجحة (قوله فإذا تردد لا بد من
الفصل الخ) أقول ظاهره أن قول المصنف فلا بد من الفصل الخ تقرير على قوله وفي حصول المقصود الخ وليس كذلك بل هو متعلق
بالعلل الثلاث (قوله ولو منعه فهل قبله إلى قوله بعده) أقول بمعنى هل قبل القضاء وبعد القضاء (قوله والجواب أن التراضي على
سبب موجب للملك) أقول جواباً ببدء الفرق بين المقيس والمقيس عليه (قوله فصحته دليل على بقاء العقد في النصف) أقول فيه بحث
(قوله وما هو جائز الفسخ يقتضي جواز استيفاء حق ثابت له) أقول الضمير في قوله راجع إلى صاحب الحق (قوله ولا فرق في ذلك بين
الرضا والقضاء) أقول فيه بحث (ثم لا يفعلان بالتراضي ما يفعل القاضى وهو الفسخ) أقول قوله هو راجع إلى ما

بخلاف الرد بالعيب بعد القبض لان الحق هناك في وصف السلامة

أراد بذلك أنه يقتضى أن يكون كل ما ثبت بالنص على خلاف القياس موقوفاً على الرضا أو القضاء فهو ممنوع وإنما يكون كذلك لو كان قوله وفي أصله وهاء عملة تامة لعدم صحة الرجوع بدون الرضا أو القضاء وليس كذلك بل العلة التامة لمجموع قوله لانه مختلف بين العلماء وفي أصله وهاء وفي حصول المقصود وعدمه خفاء ولا تجرى هذه العلة بتمامها في كل ما ثبت على خلاف القياس فلا تتقاض به ثمة الامام المطرزي قال في المغرب الوهاه بالمدخا وانما هو الوهي مصدر وهي الجبل هي وهيا اذا ضعف اه وقد نقله عنه كثير من الشراح ههنا ولم يتعرضوا له بشئ ونقله عنه صاحب العناية أيضاً وقال وهو خطأ لان مد المقصور السماعي ليس بخطأ وتخطئة ما ليس بخطأ خطأ اه ولا يذهب على ذي فطنة ان الخطأ ههنا انما هو في كلام صاحب العناية فانه زعم أن الوهي في قول صاحب المغرب وانما هو الوهي مقصور الوهاه وليس كذلك قطعاً بل هو على وزن الفعل يفتح الواو وسكون الهاء كالرمي ومن البين فيه قول صاحب المغرب مصدر وهي الجبل هي وهيا حيث قال وهيا ولو كان مقصوراً لقال وهيا كما لا يخفى وقد تفتن الشراح العيني لهذا حيث قال وقول صاحب العناية لان مد المقصور السماعي ليس بخطأ خطأ لان جواز مد المقصور السماعي مبنى على وجود المقصور حتى يمد والمصدر ههنا على وزن فعل بتسكين العين فمن أين يتأني اند اه ولكن خطأ صاحب المغرب وجه آخر حيث قال فصاحب المغرب مصيب من وجه في قوله وانما هو الوهي يعني بتسكين العين وتخطئ من وجه في قوله الوهاه بالمدخا لان هذا أيضاً مصدر على وزن فعال كما تقول في قلى يلقى قلى وقلاء على وزن فعال وهاء كذلك وقد قال الجوهري القلى البغض فان فحقت القاف مددت تقول قلاء يلقى قلى وقلاء اه كلامه (أقول) أخطأ هذا الشراح أيضاً في تخطئة صاحب المغرب لان كون الوهاه على وزن بعض المصادر لا يقتضى أن يكون نفسه أيضاً مصدراً اذ قد تقرر في علم الادب أن مصدر الثلاثي سماعي لا يثبت بالقياس فحى والقلاء مصدران قلى يلقى كاذ كره الجوهري لا يقتضى أن يكون الوهاه أيضاً مصدراً من وهي هي فان الاول مسموع دون الثاني وقول صاحب المغرب الوهاه بالمدخا بناء على أنه غير مسموع فلا غبار فيه على ان تخطئته اياه في قوله الوهاه بالمدخا يتأني تصويبه اياه في قوله وانما هو الوهي لان في قوله هذا قصر مصدر وهي هي على الوهي بتسكين الهاء فكون الوهاه أيضاً مصدر امنه يتأني ذلك قطعاً ثم ان صاحب البكافي ومن حذا حذوه من الشراح كما حجب الكفاية ومعرّاج الدراية استدلوا على مسئلتنا هذه بدليل آخر غير مذكور في الكتاب حيث قالوا ولان الرجوع فسخ العقد فلا يصح الا من له ولانه عامة وهو القاضي أو منهما ولا يثبتهما على أنفسهما كالرد بالعيب بعد القبض اه (أقول) فيه نظر أما أولاً فلا يمتنع من فسخ العقد في البيع الفاسد اذ قد مر في فصل أحكام البيع الفاسد من كتاب البيوع ان المشتري اذا قبض المبيع في البيع الفاسد بأمر البائع وفي العدة دعوضان كل واحد منهما مال ملك البيع ولم يمتنع فتمت ثم ان لكل واحد من المتعاقدين فيه فسخ العقد قبل القبض وكذا بعده ان كان الفاسد في صلب العقد ولم يمتنع له الشرط ان كان بشرط زائد فصح فسخ العقد هناك من أحدهما بدون رضا الآخر ولا القضاء به فصار الدليل المزبور منقوضاً به بل هو منقوض أيضاً بسائر العقود الغير لازمة لان كل واحد من المتعاقدين يتمكن من فسخها بأسرها كما صرحوا به في مواضعه وأما ثانياً فلان قولهم كالرد بالعيب بعد القبض ليس بسديد اذا الحق هناك للمشتري في وصف السلامة لا في الفسخ والحق ههنا الواهب في نفس الفسخ كما صرحوا به فيما سألني وفرقوا بينهما بهذا الوجه فلا يقتضى عدم انفراد المشتري هناك بالفسخ عدم انفراد الواهب ههنا به فلا يتم القياس ولا التشبيه تدبر (قوله بخلاف الرد بالعيب بعد القبض لان الحق هناك في وصف السلامة

وقوله (بخلاف الرد)
جواب عن قياس زفر
وتقريره أن الرد بالعيب
بعد القبض انما كان في
صوره القضاء خاصة لان
الحق هناك في وصف
السلامة حتى لو زال العيب
قبل رد المبيع بطل الرد
سلامة حقه له

لا في الفسخ لان العيب لا يمنع تمام العقد فاذا كان العقد تاما لم يقض الفسخ فاذا اترضا على ما لم يقتضه العقد من رفعه كان ذلك كابتداء عقد منهما وأما القاضي فانما يقضى أولا عما يقتضيه العقد من وصف السلامة فان عجز البائع قضى بالفسخ فلم يكن ما ثبت بالتراضي عين ما ثبت بالقضاء فافترا وانما قيد بقوله بعد القبض لان الرد بالعيب قبل القبض فسخ من الاصل سواء كان بالقضاء أو بالتراضي فائدة هذا أنه لو وهب لانسان فوهب الموهوب له لا خرم رجوع الثاني في هبته كان الاول أن يرجع سواء رجعت الثاني بقضاء القاضي أو بغيره خلافا لفرقي غيره واذا رد المبيع بعيب على البائع قبل القبض فالبائع أن يرد على بائعه كذلك وبعد القبض ان كان بقضاء فكذلك وان كان بغيره فليس له ذلك قال (واذا تلفت العين الموهوبة الخ) واذا تلف الموهوب فاستحق فضمن الموهوب له لم يرجع على الواهب (١٣٨) بما ضمن لانه عقد تبرع وهو لا يقتضي السلامة وهو غير عامل له أي الواهب

احتمل ان يزعم المودع فانه يرجع على المودع بما ضمن لانه عامل للمودع في ذلك القبض بحفظها لاجله فان قبل غره بايجابه الملك له في الحال واخباره بانه ملكه والغرر رور يوجب الضمان كالبائع اذا غرر المشتري أجاب أن الغرر في ضمن عقد المعاوضة سبب الرجوع لا مطلقا وقد تقدم وذكر في الذخيرة أن الواهب لو ضمن سلامة الموهوب للموهوب له نصا فان ضمن بعد الاستحقاق رجوع على الواهب ولم يذكره المصنف فكان سبب الرجوع اما الغرر في ضمن عقد المعاوضة أو بالضمان نصا فاذا وهب بشرط العوض مثل أن يقول وهبتك هذا العبد على أن تم بلى هذا العبد لأن يقول بالبلاء فانه يكون بيعا ابتداء وانتهاء بالاجماع

لا في الفسخ فافترا قال (واذا تلفت العين الموهوبة واستحقها مستحق وضمن الموهوب له لم يرجع على الواهب بشئ) لانه عقد تبرع فلا يستحق فيه السلامة وهو غير عامل له والغرر في ضمن عقد المعاوضة سبب الرجوع لا في غيره قال (واذا وهب بشرط العوض اعتبر التقابض في العوضين وتبطل بالتبوع) لانه هبة ابتداء (فان تقابض صاحبه العقد وصار في حكم البيع رد بالعيب وخيار الرؤية وتصح فيه الشفعة) لانه بيع انتهاء وقال زفر والشافعي رجعهما الله هو بيع ابتداء وانتهاء لان فيه معنى البيع وهو التملك بعوض والعبرة في العقود للمعاني ولهذا كان بيع العبد من نفسه اعتاقا ولنا أنه اشتمل على جهتين فيجمع بينهما ما أمكن عملا بالشبهين وقد أمكن لان الهبة من حكمها تأخر الملك الى القبض وقد يترأخى عن البيع الفاسد والبيع من حكمه اللزوم

لا في الفسخ فافترا قال صاحب العناية في تعليل قوله لا في الفسخ لان العيب لا يمنع تمام العقد فاذا كان العقد تاما لم يقض الفسخ انتهى (أقول) فانه بحث لانه ان أراد أنه اذا كان العقد تاما لم يقض ثبوت الفسخ بالفعل البتة فهو مسلم ولكن الكلام في حق الفسخ لا في ثبوت الفسخ بالفعل البتة فلا يتم التقريب وان أراد أنه اذا كان العقد تاما لم يقض ثبوت حق الفسخ فهو ممنوع ألا يرى أن عقد الهبة يتم بالقبض بعد الايجاب والقبول ومع هذا يقتضي ثبوت حق الفسخ عندنا بوجوب قوله عليه الصلاة والسلام الواهب أحق بهبته ما لم يهب منها وافوات المقصود بالعقد عادة عند عدم التعويض منها كما تقر فيما مر فلم لا يجوز أن يثبت للمشتري أيضا حق الفسخ عند تحقق العيب بناء على فوات مقصوده بالعقد وهو سلامة المبيع فالأظهر في تعليل ذلك أن يقال لان البيع عقد لازم من المعاوضات فيمتنع أن يقتضي ثبوت حق الفسخ لاحد المتعاقدين لكون ذلك منافيا للزوم العقد بخلاف عقد الهبة فانه عقد تبرع غير لازم فلا ينافيه ثبوت حق الفسخ لاحد المتعاقدين (قوله ولنا أنه اشتمل على جهتين فيجمع بينهما ما أمكن عملا بالشبهين وقد أمكن) قال صاحب العناية في تقرير هذا الدليل ولنا أنه اشتمل على جهتين جهة الهبة لفظا وجهة البيع معنى وأمكن الجمع بينهما وكل ما اشتمل على جهتين أمكن الجمع بينهما واجب أعمالهما لان أعمال الشبهين ولو بوجه أولى من أعمال أحدهما انتهى (أقول) فيه مناقشة وهي أن قوله لان أعمال الشبهين ولو بوجه أولى من أعمال أحدهما يفيد أولوية أعمال الشبهين والمدة وجوب أعمالهما كما ترى فلا تقرب ويمكن دفعها بناية فتأمل

أما اذا كان بلفظ على فانه يكون هبة ابتداء فيعتبر التقابض في العوضين ولم يثبت الملك لأحد منهما (فصل) بدون القبض ويبطل بالتبوع فان تقابض صاحبه العقد وصار في حكم البيع رد بالعيب وخيار الرؤية وتصح الشفعة فيه لانه بيع انتهاء وقال الشافعي وزفر هو بيع ابتداء وانتهاء لان فيه معنى البيع وهو التملك بعوض والعبرة في العقود للمعاني ولهذا كان بيع العبد من نفسه اعتاقا وهو ظاهر ولنا أنه اشتمل على جهتين جهة الهبة لفظا وجهة البيع معنى وأمكن الجمع بينهما وكل ما اشتمل على جهتين أمكن الجمع بينهما واجب أعمالهما لان أعمال الشبهين ولو بوجه أولى من أعمال أحدهما أمّا أنه مشتمل على الجهتين فظاهر وأما مكان الجمع فلما ذكره بقوله لان الهبة من حكمها تأخر الملك الى القبض وقد يوجد ذلك في البيع كافي البيع الفاسد والبيع من حكمه اللزوم

(قوله أجاب بأن الغرر الى قوله وقد تقدم) أقول يعني تقدم في المضاربة

وقد يوجد ذلك في الهبة كما اذا قبض العوض وانا انتقي المناقاة أمكن الجمع لاحالة فعملناهما واعتبرنا ابتداء بلفظها وهو لفظ الهبة وانتهاء بعناها وهو معنى البيع وهو التملك بعوض كالهبته في المرض فانما تبرع في الحال صورة ووصية معنى فيه اعتبر ابتداء بلفظه حتى يطل لعدم القبض ولا يتم بالشروع فيما يحتمل القسمة وانتهاء بمعناه حتى يكون من الثلث بعد الدين وهذا لان الالفاظ قوالب المعاني فلا يجوز الغاء اللفظ وان وجب اعتبار المعنى الا اذا لم يمكن الجمع بينهما كما اذا باع المولى عبده من نفسه لانه لا يمكن اعتبار البيع فيه اذ هو لا يصلح أن يكون مالاً لنفسه

وقد تنقلب الهبة لازمة بالتعويض فجمعنا بينهما بخلاف بيع نفس العبد من نفسه لانه لا يمكن اعتبار البيع فيه اذ هو لا يصلح مال الكائن نفسه

فصل قال (ومن وهب جارية الاجلها صحت الهبة وبطل الاستثناء) لان الاستثناء لا يعمل الا في محل يعمل فيه العقد والهبة لا تعمل في المحل لكونه وصفيا على ما بيناه في البيوع فانقلب شرطها فاسدا والهبة لا تبطل بالشروط الفاسدة وهذا هو الحكم في النكاح والخلع والصلح عن دم العمدة لانها لا تبطل بالشروط الفاسدة

في الضرع فإنه اذا وهب الصوف على الظهر وأمره بمجزة أو الالبين في الضرع وحلبه وقبض الموهوب له فإنه جائز استحقاقه نادون الحبل وأجيب بأن ما في البطن ليس بمال أصلا ولا يعلمه وجوده حقيقة بخلاف الصوف واللبين وبأن اخراج الولد من البطن ليس اليه فلا يمكن أن يجعـل في ذلك نائباعن الواهب بخلاف الجزاء في الصوف والحلب في اللين (قوله وهذا) أي صحة أصل العقد وبطلان الاستثناء (هو الحكم في النكاح والخلع والصلح عن دم العمد لانها لا تبطل بالشروط الفاسدة)

(قوله بخلاف البيع والاجارة والرهن) إشارة الى القسم الثاني (لانها تبطل بها) أي بالشروط الفاسدة ولم يذكر القسم الثالث وهو في الوصية وسند كره فيها (ولو أعتق (١٤٠) ما في بطنها ثم وهبها جازت الهبة لانه لم يبق الجنين على ملك الواهب) لخروجه عنه

بالاعتاق فلم يكن هبة مشاع فتكون جائزة (فأشبه الاستثناء) في امكان تجوز الهبة (ولو برما في بطنها ثم وهبها لم تجز الهبة لان الحمل باطل هو جعل الحمل موهوبا (وهنا التدبير يمنع عن ذلك فيبقى هبة المشاع) وهي لا تجوز فان قيل هب أنها هبة مشاع لكنها فيما لا يحتمل القسمة وهي جائزة أوجب بأن عرضية الانفصال في ثانی الحال ثابتة لاحالة فأنزل منفصلا في الحال مع أن الجنين لم يخرج عن ملك الواهب فكان في حكم مشاع يحتمل القسمة وكان المصنف لما استشعر هذا السؤال أردفه بقوله (أو هبة شيء هو مشغول بملك الواهب) فهو كما اذا وهب الجوالق وفيه طعام الواهب وذلك لا يصح كهبه المشاع الحقيقي فان قيل هل يصح أن تجعل مسألة التدبير مشابهة بالاستثناء ومسئلة الاعتاق غير مشابهة قلت نعم اذا أريد بالاستثناء التكلم بالباقي بعد الثبوت فان الاستثناء بهذا التفسير يورث الشبوح

بخلاف البيع والاجارة والرهن لانها تبطل بها ولو أعتق ما في بطنها ثم وهبها جاز لانه لم يبق الجنين على ملكه فأشبه الاستثناء ولو برما في بطنها ثم وهبها لم تجز لان الحمل بقي على ملكه فلم يكن شبيه الاستثناء ولا يمكن تنفيذ الهبة فيه لكان التدبير بقي هبة المشاع أو هبة شيء هو مشغول بملك المالك والاستثناء لان اسم الجارية لا يتناول الحمل لفظا ولكنه يستحق بالاطلاق تبعافا إذا أفرد الام بالوصية صح افرادها ولانه يصح افراد الحمل بالوصية فجاز استثناءه منه اه وقال في الكافي هناك فان قيل اذا لم يتناول اللفظ فينبغي أن لا يصح الاستثناء لانه تصرف في المملوك قلنا يكفي لصحة التزوي به كافي استثناء ابليس على ان هبته لا تنفقر الى تناول القضي بدليل صحة استثناء قفيز حنطة من ألف درهم اه فبدل ذلك على عدم صحة ما في الكافية ههنا وطول بالفرق ههنا بين الحمل وبين الصوف على ظهر الغنم واللبن في الضرع فانه اذا وهب لرجل على ظهر الغنم من الصوف أو ما في الضرع من اللبن وأمره بجزر الصوف وحلب اللبن وقبض الموهوب له ذلك فانه جائز له استعماله وفي الحمل لا يجوز وأوجب بأن ما في البطن ليس بمال أصلا ولا يعلم وجوده حقيقة بخلاف الصوف واللبن وبأن اخراج الولد من البطن ليس اليه فلا يمكن أن يجعل في ذلك نائبا عن الواهب بخلاف الجزر في الصوف والحلب في اللبن كذا في الشروح وعزاء في النهاية الى الميسر (أقول) في كل من وجهي الجواب المذکور نظر أما في وجهه الاول فلان ما في البطن لم يكن مالا أصلا ولم يعلم وجوده حقيقة لما صح اعتاقه وتذيره وإيصاؤه وقد صح كل منها على ما نصوا عليه في مواضعه ويدل على صحة الاولين أيضا المستلذان الاتين ههنا وهما قوله ولو أعتق ما في بطنها ثم وهبها جاز وقوله ولو برما في بطنها ثم وهبها لم تجز وأما في وجهه الثاني فلان كون اخراج الولد ليس اليه انما يقتضي عدم صحة الهبة فيما اذا أمره الواهب بقبض الحمل في الحال وأما فيما اذا أمره الواهب بقبضه بعد الولادة فلا اذ يمكن له حينئذ أن يقبضه بعد الولادة أصالة بدون النيابة عن الواهب ولعل هذا هو السبب في ان قال بعض أصحابنا ان أمره في الحمل بقبضه بعد الولادة فقبض يجوز استعمالا كافي الصوف واللبن على ما ذكره صاحب النهاية في أول الجواب المذکور وقال ولكن الأصح أنه لا يجوز في الحمل أصلا لان ما في البطن ليس بمال الخ ثم أقول على فرض أن يكون الجواب المذکور بوجهه سالما عما ذكرناه لا يندفع به السؤال المزبور لان مورد ذلك السؤال قول المصنف والهبة لا تعمل في الحمل لكونه وصفا على ما بيناه في السور وحاصله أن الصوف على ظهر الغنم واللبن في الضرع أيا من أوصاف الحيوان كالحمل على ما تقر في باب البيع الفاسد في كتاب البيوع فما الفرق بين الحمل وبين الصوف واللبن من هذه الحيثية حتى تصح الهبة فيما دون الحمل والجواب المذکور انما يفيد الفرق بين الفصلين من حيثية أخرى وهذا لا يجدي شيئا يندفع به مطالبة الفرق بينهما من حيثية المذكورة في الكتاب فلا يتم المطلوب (قوله ولا يمكن تنفيذ الهبة فيه لكان التدبير بقي هبة المشاع أو هبة شيء هو مشغول بملك المالك) فان قيل هب أنها هبة مشاع لكنها فيما لا يحتمل القسمة وهي جائزة أوجب بأن عرضية الانفصال في ثانی الحال ثابتة لاحالة فأنزل منفصلا في الحال مع أن الجنين لم يخرج عن ملك الواهب فكان في حكم مشاع يحتمل القسمة كذا في العناية أخذ من النهاية (أقول) ليس الجواب بسديد أما أولا فلانه لو جعل الحمل مفصلا في الحال بناء على كونه في عرضية الانفصال في ثانی الحال كان في حكم المقرز المقسوم لافي حكم المشاع المحتمل للقسمة فكان أولى بجواز هبته فلا يتم التقريب وأما ثانيا فانه لا يلزم من عدم خروج الجنين عن ملك

والواهب
ومسئلة التدبير كذلك كما مر فكانت مشابهة بين الاعتاق لا يورث ذلك فلم يشابهه والمصنف أراد بالاستثناء استثناء الحمل ومسئلة الاعتاق تشابه في جواز الهبة والتدبير لم يشابه كما تقدم

(فان وهبها له على أن يرد ما عليه أو على أن يعتقها أو أن يتخذها أم ولد أو وهب دارا أو تصدق (١٤١) عليه بدار على أن يرد عليه شيئا منها

أو يعوضه شيئا منها فالهبة جائزة والشروط باطل ولا يتوهم التكرار في قوله على أن يرد عليه شيئا منها أو يعوضه لأن الرد عليه لا يستلزم كونه عوضا فان كونه عوضا انما هو بالفاظ تقدم ذكرها وانما يبطل الشرط لانها فاسدة لمخالفتها مقتضى العقد لان مقتضاه ثبوت

الملك مطلقا بلا توقف فاذا شرط عليه الرد أو الاعتاق أو غير ذلك فقيدها والهبة لا تبطل بالشرط الفاسد وأصل ذلك ما روي أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أجاز العري وأبطل شرط المعرف رجوعها اليه بعد موت المعرلة وجعلها ميراثا لورثة المعرلة بخلاف البيع فانه يبطل بالشرط الفاسد لانه عليه الصلاة والسلام نهى عن بيع وشرط ولان الشرط الفاسد في معنى الربا وهو يعمل في المعاضات والهبة ليست منها قال (ومن له على آخر ألف درهم الخ) ومن له على آخر ألف درهم فقال اذا جاء غد فهي لك أو أنت منها يرى أو قال اذا دبت الى النصف فلك نصفه أو أنت ترى من النصف الباقي فهو باطل لان البراءة تلي من وجه لا رتداده بالرد اسقاط من وجه لانه لا يتوقف على القبول وهبة الدين عن

قال (فان وهبها له على أن يرد ما عليه أو على أن يعتقها أو أن يتخذها أم ولد أو وهب دارا أو تصدق عليه بدار على أن يرد عليه شيئا منها أو يعوضه شيئا منها فالهبة جائزة والشروط باطل) لان هذه الشروط تخالف مقتضى العقد فكانت فاسدة والهبة لا تبطل بها لا ترى أن النبي عليه الصلاة والسلام أجاز العري وأبطل شرط المعري بخلاف البيع لانه عليه الصلاة والسلام نهى عن بيع وشرط ولان الشرط الفاسد في معنى الربا وهو يعمل في المعاضات دون التبرعات قال (ومن له على آخر ألف درهم فقال اذا جاء غد فهي لك أو أنت منها يرى أو قال اذا دبت الى النصف فلك نصفه أو أنت ترى من النصف الباقي فهو باطل) لان البراءة تلي من وجه اسقاط من وجه وهبة الدين عن عليه ابراهمه هذا لان الدين مال من وجه ومن هذا الوجه كان تليكا ووصف من وجه ومن هذا الوجه كان اسقاطا ولهذا

الواهب كونه في حكم مشاع يحتمل القسمة اذ لا شك أن احتمال القسمة وعدم احتمالها لا يدوران على الدخول في الملك والخروج عنه بل على عدم اضرار التبعض وضراره كما عرف فيما مر فلم يتم قوله فكان في حكم مشاع يحتمل القسمة نعم يلزم من عدم خروج الجنبين عن ملك الواهب كون الجارية الموهوبة مشغولة عليك كما في هبة الجوالق الذي فيه طعام الواهب ولكنه أمر وراء احتمال القسمة فان قلت المراد بقوله فكان في حكم مشاع يحتمل القسمة فكان من قبيل هبة مشغولة بملك الواهب لانه كان مشاعا يحتمل القسمة حقيقة ولهذا قال فكان في حكم مشاع يحتمل القسمة ولم يقل فكان مشاعا يحتمل القسمة ويرشد اليه أن صاحب النهاية قال بعد قوله فكان في حكم مشاع يحتمل القسمة كما في هبة الجوالق وفيه طعام الواهب لم تصح الهبة لان هبة ما هو مشغول بملك الواهب غزلة الشيوع في الهبة حكم الوجود اختلاط الملك في صورتين جميعا انتهى (قلت) مورد أصل السؤال قول المصنف فمضى هبة المشاع لا قوله أو هبة شيء هو مشغول بملك الواهب وما ذكرته انما يصلح توجيها للثاني دون الاول فلا يتم الجواب تأمل تقف ثم ان صاحب العناية بعد أن ذكر السؤال والجواب المزبورين قال وكان المصنف لما استشر هذا السؤال أردفه بقوله أو هبة شيء مشغول بملك الواهب فهو كما اذا وهب الجوالق وفيه طعام الواهب وذلك لا يصح كهبة المشاع الحقيقي انتهى (أقول) قيمه كما ذكرته ظاهرة لان الجواب المزبورين كان مقبولا عنده فاستشعار السؤال المسطور لا يقتضي لرداف الوجه الاول شيء آخر لكون ذلك السؤال مندفعاً عن الوجه الاول غير وارد عليه وان لم يكن مرضيا عنده كان عليه بيان خلله ولم يبينه قط (قوله أو وهب دارا أو تصدق عليه بدار على أن يرد عليه شيئا منها أو يعوضه شيئا منها فالهبة جائزة والشرط باطل) قال صاحب النهاية هذا على طريق ألف والنشر والالابص أعني ان قوله على أن يرد عليه شيئا متصل بقوله أو وهب له دارا وقوله أو يعوضه شيئا منها متصل بقوله أو تصدق عليه بدار وانما قلنا هذا لانه لو وصل قوله أو يعوضه شيئا منها بقوله أو وهب دارا كان هبة بشرط العوض والهبة بشرط العوض صحيح كما مر وانما لا يصح اشتراط العوض في الصدقة لاني الهبة وذلك انما يكون أن لو كان اشتراط التعويض موصولا بقوله أو تصدق عليه بدار اللهم الا ان أراد بقوله أو يعوضه شيئا منها أن يرد بعض الدار الموهوبة على الواهب بطريق العوض لكل الدار فيصح حينئذ صرف قوله أو يعوضه شيئا منها الى قوله واذا وهب دارا الا أنه يلزم التكرار المحض من غير فائدة لشيء بقوله على أن يرد عليه شيئا منها انتهى كلامه وقد اذقتني أثره صاحب معراج الدراية كما هو دأبه في أكثر المواضع (أقول) في تحريرهما قصورا لا ينهض على ذي فطرة سليمة أن معنى قوله أو يعوضه شيئا منها سيما بعد قوله على

عليه ابراه لانه يرتد بالرد ولا يتوقف على القبول فكان تليكا من وجه اسقاطا من وجه

أن يرد عليه شيئاً منها انما هو أن يرد بعض الدار الموهوبة على الواهب بطريق العوض عن كل الدار والمعنى الآخر مما لا يساء له اللفظ لا يتبعه بعيد وهو أن يرجع ضمير من في قوله أو يعوضه شيئاً منها إلى ما هو غير مذكور ههنا أصلاً كلفظ الاعراض فيصير المعنى أو يعوضه شيئاً من الاعراض لا من الدار فاستبعاد ارادة المعنى الأول كما يشعر به لفظة اللهم الآن أراد بقوله أو يعوضه شيئاً منها أن يرد بعض الدار الموهوبة على الواهب بطريق العوض لكل الدار مما لا ينبغي بالنظر إلى نفس عبارة الكتاب ثم إن هذه المسئلة من مسائل الجامع الصغير ولفظ الجامع الصغير في هذه المسئلة قطعي في المعنى الأول فانه قال فيه محمد بن يعقوب عن أبي حنيفة في الرجل يهب للرجل هبة أو يتصدق عليه بصدقة على أن يرد عليه ثلثها أو ربعها أو يعوضه ثلثها أو ربعها قال الهبة جائزة ولا يرد عليه ولا يعوضه شيئاً منها إلى هنا لفظه ولا شك أن ثلث الدار أو ربعها بعض منها فاستبعاد ارادة ذلك المعنى بل تجوز ارادة معنى آخر بالنظر إلى لفظ الجامع الصغير الذي هو مأخذ عبارة الكتاب خطأ ظاهر نكتن في لزوم التكرار وسند كرماء يتعلق به وكان الامام الزبلي تنبه لسماجة الاستبعاد الذي يشعر به لفظة اللهم الواقعة في كلام الشارحين المذكورين حيث غير في شرح الكنز أسلوب تحريرهما فقال وقوله أو يعوضه شيئاً منها فيه اشكال فانه ان أراد به الهبة بشرط العوض فهي والشروط جائزان فلا يستقيم قوله بطل الشرط وان أراد به أن يعوضه عنها شيئاً من العين الموهوبة فهو تكرر محض لانه ذكره بقوله على أن يرد عليه شيئاً منها انتهى كلامه (أقول) ولو اطلع على أصل هذه المسئلة وهو ما ذكر في الجامع الصغير لترك التردد أيضاً بل قصر على الشق الثاني ليكون ذلك نصافي هذا الشق كنهت عليه آفة ثم إن صاحب العناية كأنه قد اطلع على أصل المسئلة أيضاً حيث لم يتعرض للشق الأول أصلاً بل ساق كلامه على أن يتقرر الشق الثاني ولا يلزم التكرار فقال ولا يتوهم التكرار في قوله على أن يرد عليه شيئاً منها ويعوضه لأن الرد عليه لا يستلزم كونه عوضاً فان كونه عوضاً انما هو بألفاظ تقدم ذكرها انتهى (أقول) فيما قاله نظر لأن الرد عليه وان لم يستلزم التعويض البتة ولم يختص به لأنه يشمل ذلك ويعمه اذ يصدق على كل شيء من الدار الموهوبة أعطاء الموهوب له الواهب عوضاً عن كل الدار أنه مردود على الواهب فكان قوله على أن يرد عليه شيئاً منها مغنياً عن قوله أو يعوضه شيئاً منها فلم يكن في ذكر الثاني فائدة وهذا امر ادعى لزوم التكرار على تقدير كون قوله أو يعوضه شيئاً منها مصروفاً أيضاً إلى الهبة دون التصديق وليس مراده ادعاء لزوم الاتحاد في المفهوم وفي التصديق بين القولين المزبورين على ذلك التقدير حتى يفيد ما ذكره صاحب العناية قال صدر الشريعة في شرح الوقاية في هذا المقام رأيت في بعض المحواشي أن قوله أو يعوضه شيئاً منها يرجع إلى التصديق فانه اذا تصدق بشرط العوض بطل الشرط واذا واهب بشرط العوض فالشرط صحيح (أقول) اذا واهب بشرط أن يعوض شيئاً فالشرط باطل وشرط العوض انما يصح اذا كان معسوماً فعمل أن قوله أو يعوضه يرجع إلى الهبة والصدقة إلى هنا كلامه وأقول التوجيه الذي ذهب اليه صدر الشريعة خلاف ما أراد واضع هذه المسئلة فان واضعها الامام محمد بن جرير الله وموضعها الجامع الصغير ولفظه فيه أو يعوضه ثلثها أو ربعها ولا ينبغي أن ثلث الدار أو ربعها امر معين معلوم فكان وضع المسئلة فيما اذا كان العوض معلوماً إلا أن مشايخنا المصنفين لما قصدوا الاجمال غير واعباراً بالجامع الصغير في هذه المسئلة فقالوا أو يعوضه شيئاً منها لفظه شيئاً من كلامهم لا من كلام الواهب حتى يتوهم اشتراط العوض المجهول ثم إن بعض العلماء رد على صدر الشريعة بوجه آخر حيث قال فيه كلام وهو أن المفهوم من هذا القول انه اذا واهب

والتعليق بالشرط يختص بالاستقاطات المحضة التي يحلف بها كالطلاق والعناق فلا يمتدأها إلى ما فيه تعليق فان قيل قولهم هبة الدين ممن عليه الدين لا يتوقف على القبول منقوض بدين الصرف والسلام فان رب الدين اذا اراد المدون منه أو وهبه له توقف على قبوله أحجب بأن توقفه على ذلك لا من حيث انه هبة الدين بل من حيث انه يوجب انقضاء العقد بقوات القبض المستحق بعقد الصرف وأخذنا عقدين لا يتفرق بفسخه فلهذا توقف على القبول (قوله قلنا انه يرتد بالرد) يفيد (٤٣) (١) باطلاه أن عمل الرد في المجلس وغيره

سواء وهو المروي عن السلف وقال بعضهم يجب أن يرد في مجلس الإبراء والهبة وقوله بالاستقاطات المحضة التي يحلف بها هذا إشارة إلى أن من الاستقاطات المحضة ما لا يحلف بها أي لا يقبل التعليق بالشرط كالخبر على المأذون وعزل الوكيل والإبراء عن الدين منها وما يحلف بها (كالطلاق والعناق) وغيرها (والعمري) وهو أن يجعل داره لشخص عمره فإذا مات ترد عليه (جائزة للعمري) في حال حياته ولورثته من بعده لما روي (أنه صلى الله عليه وسلم أجاز العمري) (والشرط) وهو قوله فإذا مات ترد عليه (باطل لما روي) أنه عليه الصلاة والسلام أبطل شرط المعسر وبطلانه لا يؤثر في بطلان العقد لما بينا أن الهبة لا تبطل بالشرط الفاسد فيكون قوله داري لك هبة (والرقي) وهو أن يقول الرجل لغيره داري لك رقي (باطل عند أبي حنيفة ومحمد) لا تنفذ ملك الرقبة وانما يكون عارية عنده يجوز للعمري أن يرجع

قلنا انه يرتد بالرد ولا يتوقف على القبول والتعليق بالشرط يختص بالاستقاطات المحضة التي يحلف بها كالطلاق والعناق فلا يمتدأها قال (والعمري جائزة للعمري) في حال حياته ولورثته من بعده لما رويناه ومعناه أن يجعل داره لعمره وإذا مات ترد عليه فيصح التعليق ويبطل الشرط لما رويناه وقد بينا أن الهبة لا تبطل بالشرط الفاسد (والرقي باطل عند أبي حنيفة ومحمد) رجهما الله وقال أبو يوسف جائزة لان قوله داري لك تعليق وقوله رقي شرط فاسد كالعمرى ولهما أنه عليه الصلاة والسلام أجاز العمري ورد الرقي

بشرط أن يعوضه شيأ معيناً من الموهوب يصح الشرط لان العوض معلوم مع أنه ليس كذلك اذ قد صرح في غاية البيان أنه اذا وهب داراً أو خمسة دراهم بشرط أن يعوضه بيتاً معيناً منها أو درهما واحداً من تلك الدراهم تصح الهبة والشرط فاسد لان بعض الهبة لا يصلح أن يكون عوضاً والواهب أن يرجع في هبته لا يندم العوض وقال ذلك البعض ومن هذا يظهر فساد ما في بعض الحواشي أيضاً كالأجنبي انتهى (أقول) كلامه ناشئ من عدم تحقيق المقام وفهم المرام فان مدار ما رآه صدر الشريعة في بعض الحواشي وما ذكره نفسه في ذلك على أن يكون المراد بالتعويض في قوله أو يعوضه شيأ منها هو النوع أيضاً بعوض خارج عن العين الموهوبة فافهم مما ذكره صدر الشريعة ومما ذكر في بعض الحواشي انما هو كون شرط العوض المعين الخارج عن العين الموهوبة صحيحاً والامر كذلك بلا ريب وما صرح به في غاية البيان بل في عامة المعبرات هو أنه اذا شرط الواهب أن يعوضه به ضمان العين الموهوبة تصح الهبة وبفسد الشرط وهذا أيضاً امر مقرر لا عند زفر ولكن كون الشرط صحيحاً في هذه الصورة ليس غفهوم مما ذكره صدر الشريعة ولا مما ذكر في بعض الحواشي فلا يرد عليهم ما توهمه ذلك البعض ثم يرد على مدارهما أنه مما لا يبعد اللفظ أصلاً في أصل وضع هذه المسئلة كما ثبت عليه فيما مر ولكن كلام آخر فلينأمل جداً فان تحقيق هذا المقام على هذا المنوال والتدقيق فيما صدر عن القوم من الأقوال مما لم أسبق إليه فأشكر الله تعالى وأتوكل عليه (قوله والتعليق بالشرط يختص بالاستقاطات المحضة التي يحلف بها) قال صاحب العناية هذا إشارة إلى أن من الاستقاطات المحضة ما لا يحلف بها كالخبر على المأذون وعزل الوكيل والإبراء عن الدين منها اه (أقول) في قوله والإبراء عن الدين منها خبط ظاهر اذ قد مر أن نفاً أن الإبراء تعليق من وجه اسقاط من وجه فكيف يكون من الاستقاطات المحضة فكانه غدل عن قيد المحضة وهذا عجيب منه (قوله وقال أبو يوسف جائزة لان قوله داري لك تعليق وقوله رقي شرط فاسد كالعمرى) قال صاحب العناية في شرح هذا المقام وعند أبي يوسف جائزة لان قوله داري لك هبة وقوله رقي شرط فاسد لانه تعليق بالخطر ان كان الرقي مأخوذاً من المراقبة وان كان مأخوذاً من الارقاب فكانه قال رقبته داري لك فصار كالعمرى انتهى (أقول) في الصورة الثانية بحث اذ على تقدير أن يكون معنى قوله داري لك رقي عند كون الرقي مأخوذاً من الرقبة رقبته داري لك لا يثبت قوله وقوله رقي شرط فاسد اذ لا فساد لان يقال رقبته داري لك في شيء كما ترى ولا

فيه ويبعه في أي وقت شاء لانه تضمن اطلاق الانتفاع (وعند أبي يوسف جائزة لان قوله داري لك هبة وقوله رقي شرط فاسد) لانه تعليق بالخطر ان كان الرقي مأخوذاً من المراقبة وان كان مأخوذاً من الارقاب فكانه قال رقبته داري لك فصار كالعمرى (ولهما) ما روي الشعبي عن شرح (أن النبي صلى الله عليه وسلم أجاز العمري ورد الرقي) ولان معنى الرقي عنده ما أن يقول ان مت قبلك فهو لك أخذت من المراقبة كأنه يراقب ماله وهذا تعليق بالخطر فيكون باطلاً

(قوله فيكون قوله داري لك هبة) أقول قوله هبة خبر يكون (قوله وانما يكون عارية عنده يجوز للعمري أن يرجع الخ) أقول فيه بحث والظاهر للعمري

(وقوله ولان معنى الرقى عندهما) يشير الى أن أبا يوسف قال بجوازها لا بهذا التفسير بل بتفسير آخر وهو أن يجعلها من الرقة كما ذكرنا وقيل عليه ان اشتقاق الرقى من الرقة مما يقل به أحد وابداع الشيء في اللغة بعد استقرارها لاجل ما عنه مندوحة ليس يستحسن فان قيل فما جواب ما عن حديث جابر رضى الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم أجاز العمرى والرقي أجيب بأنه محمول على أنه صلى الله عليه وسلم سئل عن الرقى مفسر أبوجه (١٤٤) واضح صحيح فأجاب بجواز ما والله تعالى أعلم

ولان معنى الرقى عندهما ان من قبلك فهو لك واللفظ من المراقبة كأنه يراقب موته وهذا تعليق التملك بالخطر فبطل وإذا لم تصح تكون عارية عندهما لانه يتضمن اطلاق الانتفاع به

فصل في الصدقة قال (والصدقة كالهبة لا تصح الا بالقبض) لانه تبرع كالهبة (فلا تجوز في مشاع) محتمل القسمة لما بينا في الهبة (ولارجوع في الصدقة) لان المقصود هو الثواب وقد حصل وكذا اذا تصدق على غنى استحسننا لانه قد يقصد بالصدقة على الغنى الثواب وكذا اذا وهب لفقير لان المقصود الثواب وقد حصل قال (ومن نذر أن يتصدق بماله يتصدق بجنس ما يجب فيه الزكاة ومن نذر أن يتصدق بغيره كزكاته ان يتصدق بالجميع) ويروى أنه والاول سواء وقد ذكرنا الفرق ووجه الروايتين في مسائل القضاء (ويقال له أمسك ما تنفق على نفسك وعيالك الى أن تكنسب فاذا اكتسب ما لا يتصدق بمثل ما أنفق) وقد ذكرنا من قبل

فصل في الصدقة لما كانت الصدقة تشارك الهبة في الشروط وتختلفها في الحكم ذكرها في كتاب الهبة وجعلها فصلا قال (الصدقة كالهبة) الصدقة لا تتم الا بمقبوضة لانها تبرع كالهبة فلا تجوز فيما يحتمل القسمة مشاعا لما بينا في الهبة ان الشيوع يمنع تمام القبض المشروط ولا رجوع فيما لان المقصود هو الثواب وقد حصل فصارت كالهبة عوض عنها وفيه تأمل فان حصول الثواب في الآخرة فضل من الله تعالى ليس بواجب فلا يقطع بمسؤوله ويمكن أن يقال المراسية حصول الوعد بالثواب فاذا تصدق على غنى بطل الرجوع استحسانا وفي القياس له الرجوع لان الغرض منه حصول العوض ووجه الاستحسان أن الصدقة على الغنى قدر اربابها الثواب واذا وهب لنفقير كذلك لان المقصود الثواب وقد حصل عن هذا ذهب بعض أصحابنا الى أن الهبة والصدقة على الغنى سواء في جواز الرجوع كما أنهم مساو في حق الفقير في عدمه ولكن العامة قالوا في

بتم قوله فصار كالعمرى كالآتي (قوله ولان معنى الرقى عندهما ان من قبلك فهو لك واللفظ من المراقبة الخ) قال صاحب العناية يشير الى أن أبا يوسف قال بجوازها لا بهذا التفسير بل بتفسير آخر وهو أن يجعلها من الرقة كما ذكرنا وقيل عليه ان اشتقاق الرقى من الرقة مما يقل به أحد وابداع الشيء في اللغة بعد استقرارها لاجل ما عنه مندوحة ليس يستحسن الى هنا كلامه (أقول) لاشك أن المصنف يشير بقوله المذكور الى أن أبا يوسف قال بجوازها لا بهذا التفسير بل بتفسير آخر ولكن ليس مراده بتفسير آخر ما ذكره الشارح المزبور وهو أن يجعلها من الرقة حتى يجه عليه ان اشتقاق الرقى من الرقة مما يقل به أحد بل مراده بذلك ما نبه عليه صاحب الكافي وجهه والشارح بقولهم وحاصل الاختلاف بينهم راجع الى تفسير الرقى مع اتفاقهم انها من المراقبة فحمل أبو يوسف هذا اللفظ على أنه تملك للعالم مع انتظار الواهب في الرجوع فالتملك جائز وانتظار الرجوع باطل كافي العمرى وقال المراقبة في نفس التملك لان معنى الرقى هذه الدار لا آخر ناموتا كأنه يقول أراقب موتك وتراقب موتي فان من قبلك فهي لك وان من قبلي فهي لي فكان هذا تعليق التملك ابتداء بالخطر وهو موت المالك قبله وباطل انتهى قولهم فعلى هذا لا يجز عليه أصلا ما ذكره صاحب العناية بقوله وقيل عليه ان اشتقاق الرقى من الرقة مما يقل به أحد الخ كالآتي ثم ان صاحب غاية البيان قال في هذا المقام وعندى قول أبي يوسف أصح ان غاية ما في الباب أن يقال الشرط فاسد ولا يلزم من فساد الشرط فساد الهبة لان الهبة لا تبطل بالشروط الفاسدة كافي العمرى انتهى (أقول) فيه نظر لان الهبة انما تبطل بالشروط الفاسدة اذا لم يمنع الشرط ثبوت التملك ابتداء وأما اذا منع ذلك فلا مجال لأن لا تبطل الهبة به ضرورة امتناع تحقق الهبة بدون تحقق التملك وبما نحن فيه يمنع الرقى ثبوت التملك ابتداء على تفسيرهما اياديا كما تحققته آنفا ويؤيدها ما ذكره صاحب الكافي حيث قال وصح العمرى للعمره حال حياته ولو رثته من بعده ولو قال دارى لك الرقى أو حبس فهو باطل عند محمد وأبي حنيفة خلافا لابي

ذكره لفظ الصدقة دلالة على انه لم يقصد العوض والتصدق على الغنى لا ينافي الرقة (قوله ومن نذر أن يتصدق بماله يتصدق بجنس ما يجب فيه الزكاة) يوسف الخ) ذكرنا هذه المسئلة مع وجودها في مسائل القضاء فلا يحتاج الى الاعادة هنا والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب واليه المرجع والمآب

فصل في الصدقة (قوله فان حصول الثواب في الآخرة فضل من الله تعالى ليس بواجب فلا يقطع بمسؤوله) أقول كان يكفي في الاراد أن يقال حصول الثواب انما هو في الآخرة فكيف يصح أن يقال وقد حصل مع أنه مقطوع الحصول فيها لان الله تعالى لا يتخلف الميعاد

﴿ كتاب الاجارات ﴾

لما فرغ من بيان أحكام غلبك الاعيان بغير عوض وهو الهبة شرع في بيان أحكام غلبك المنافع بعوض وهو الاجارة وقدم الاولى على الثانية لان الاعيان مقدمة على المنافع وسند كرمعنى الاجارة لغة وشريعة وانما جمعها إشارة الى انها حقيقة ذات أفراد فان لها نوعين نوع يرد على منافع الاعيان كاستئجار الدور والاراضي والدواب ونوع يرد على العمل كاستئجار المحترفين للاعمال نحو القصاره والخطاطه ونحوهما ومن محاسنها دفع الحاجة بقليل من البدل فان كل أحد لا يقدر على دار (١٤٥) يسكنها وحمام يغسل فيها وابل

تحمّل أنقله الى بلد لم يكن يبلغه الا بمشقة النفس وسببها ما مر غير مرة من تعلق البقاء المقدور بتعاطيها وأما شرطها فعلمية البدلين وأما ركنها فالإيجاب والقبول بلقطين ماضيين من الألفاظ الموضوعه لعقد الاجارة وأما حكمها ودليل شرعيتها فسيذكر ان شاء الله تعالى قال (الاجارة عقد على المنافع بعوض الخ)

﴿ كتاب الاجارات ﴾

(قوله وقدم الاولى على الثانية لان الاعيان مقدمة على المنافع) أقول والعدم أيضاً مقدم على الوجود وأيضاً تجرى الهبة من الاجارة مجرى المفرد من المركب حيث لا يشترط فيها العوض أو حيث يلزم هي دون الهبة (قوله ذات أفراد) أقول الظاهر أن يقال ذات أنواع (قوله نوع يرد على منافع الاعيان) أقول أى المنافع التي ليست من الاعمال قال المصنف (الاجارة عقد على المنافع بعوض) أقول

﴿ كتاب الاجارات ﴾

(الاجارة عقد على المنافع بعوض)

يوسف والاصل ان الشرط في الهبة اذا كان يمنع ثبوت الملك للعالم يمنع صحة الهبة وان كان لا يمنع ذلك صح الهبة ويطل الشرط ثم تفسير العمري أن يقول جعلت هذه الدار لك عمرًا فانما مت فهي رد على فصح الهبة لان هذا الشرط لا يمنع أصل التمليك وتفسير الجيس أن يقول هي حبيس عندي فان مت فهي لك وتفسير الرقي أن يقول هذه الدار لا تخزنأ موتا وهي من المراقبة لان كل واحد منهما يراقب موت صاحبه كأنه يقول أراقب موتك وتراقب موتي فان مت فهي لك وان مت فهي لي فهي باطلة لان هذا الشرط يمنع ثبوت الملك للعالم الى هنا كلامه فاضعل ما قاله صاحب العناية

﴿ كتاب الاجارات ﴾

لما فرغ من بيان أحكام غلبك الاعيان بغير عوض وهو الهبة شرع في بيان أحكام غلبك المنافع بعوض وهو الاجارة وقدم الاولى على الثانية لان الاعيان مقدمة على المنافع ولان في الاولى عدم العوض والعدم مقدم على الوجود ثم لعقد الاجارة مناسبة خاصة بفصل الصدقة من حيث انه ما يقعان لازمين فلذلك أورد كتاب الاجارات متصلاً بفصل الصدقة كذا في الشروح قال صاحب العناية وانما جمعها إشارة الى أنهما حقيقة ذات أفراد فان لها نوعين نوع يرد على منافع الاعيان كاستئجار الدور والاراضي والدواب ونوع يرد على العمل كاستئجار المحترفين للاعمال نحو القصاره والخطاطه ونحوهما اه (أقول) فيه اختلال لانه ان أراد بالافراد في قوله ذات أفراد الاشخاص الجزئية كما هو المتبادر من انظر الافراد لم تحصل فائدة في جمعها اذا لا يجتمل عند أحد أن يكون حقيقة مفردة واحدة مخصصة أو فردان شخصيان فقط حتى يجمعها الاشارة الى أنهما ذات أفراد كثيرة على ان قوله فان لها نوعين لا يطابق المدعى حينئذ كالاختي وان أراد بالافراد في قوله المزبور الانواع الكلية لم يتم بيانه بقوله فان لها نوعين الخ اذ بمجرد تحقق النوعين لها الا يصح ايرادها بصيغة الجمع على ما هو المذهب المختار من كون أقل الجمع ثلاثة وأما الحمل على ما هو المذهب السخيف جداً من كون أقل الجمع اثنين فما لا ينبغي أن يرتكب وينبى عليه كلام المصنف الذي هو علم في التحقيق فالحق عندي أن يقال انما جمعها إشارة الى أن لها أنواعاً مختلفة نوع تصير المنفعة فيه معلومة بالمدد كاستئجار الدور لا كفي ونوع تصير المنفعة فيه معلومة بالتسمية كاستئجار رجل على صبغ ثوب أو خياطته ونوع تصير المنفعة فيه معلومة بالتعيين والاشارة كاستئجار رجل لينقل هذا الطعام الى موضع معلوم وهذه الأنواع الثلاثة هي التي أشير اليها في الكتاب بقوله والمنافع تارة تصير معلومة بالمدد وتارة تصير معلومة بالتسمية وتارة تصير معلومة بالتعيين والاشارة على ما سأتى تفصيلها عن قريب (قوله الاجارة عقد على المنافع بعوض) قال بعض الفضلاء ولو قال غلبك المنافع أو نحو ذلك كان أولى لعدم تناوله النكاح

(١٩ - تكمله سابع)

ولو قال غلبك المنافع أو نحو ذلك كان أولى لعدم تناوله النكاح فانه ليس بتمليك وانما هو استباحة المنافع بعوض كما صرح به الزبلي بخلاف تعريف الكتاب حيث يشمله الآن يقال المراد عقد تمليك بقربة الشهرة فليست أمثل ثم اعلم أن ما ذكره الزبلي من قوله النكاح ليس بتمليك بل هو اباحة تخالف للمسبق في أوائل كتاب النكاح من أنه سبب ملك المتعة ولهذا لا يعقد بلفظ الاباحة فتدبر ثم أقول لم يقيد المنافع بالمعلومية كما فعله البعض قصد الى تعميم التعريف للاجارة الفاسدة على أن من قيد ان أراد تعريف الصحيحة لم يصح لشموله الفاسدة بالشرط الفاسد وبالشيوع الاصل وان عم فلا حاجة الى التقييد

لان الاجارة في اللغة بيع المنافع

فانه ليس بتملك وانما هو استباحة المنافع بعوض كما صرح به الزيلعي بخلاف تعريف الكتاب حيث يشمله الآن يقال المراد عقد تملك بقرينة الشهرة فلي تأمل اه كلامه (أقول) ليس هذا بسديد اذ لو قال تملك المنافع ونحوه لم يتفاوت الامر فان النكاح ايضا تملك قطعاً لاستباحة محضة والا لما وجب الاعتياض عنه بل لما جاز وقد أفصحوا عن هذا في أول كتاب النكاح حيث فسر والنكاح في الشرع في عامة الشروع بل المتون بأنه عقد موضوع لتملك المتعة وقالوا المستوفى بالنكاح مملوك للعاقدة بدلالة جواز الاعتياض وبدلالة انه اختص به انتفاع وعجزوا وقالوا لا ينعقد النكاح بلفظ الاباحة والاحلال لانه ليس بسبب ملك المتعة وما ذكره الزيلعي ههنا في شرحه للكفر من ان النكاح ليس بتملك وانما هو استباحة المنافع بعوض مناقض لما أجمعوا عليه في كتاب النكاح من ان النكاح تملك حتى ان صاحب الكفر تنفسه ايضا صرح في أول النكاح بأنه عقد يرد على تملك المتعة قد اذوا مخالف لما تقرر عندهم من ان الاعتياض لا يجوز في الاباحة فان من أباح شيئاً فانما يتلفه على ملك المبيع فلم يكن ذلك مما يعتد به ويلتفت اليه والعجب ان ذلك البعض قال بعد كلامه المزبور ثم اعلم ان ما ذكره الزيلعي من قوله النكاح ليس بتملك بل هو اباحة يخالف لما سبق في أوائل كتاب النكاح من انه سبب ملك المتعة ولهذا لا ينعقد بلفظ الاباحة اه ولا يخفى ان بين كلاميه تدافعا فان مدار الاول صحة ما ذكره الزيلعي ومقتضى الثاني عدم صحته لكونه مخالفا لما تقرر فيما سبق * ثم أقول يمكن أن يقال في دفع تناول تعريف الكتاب وغيره للنكاح ان المصنف قال في أوائل كتاب النكاح ولا ينعقد النكاح بلفظ الاجارة في الصحيح لانه ليس بسبب ملك المتعة وقال صاحب الكافي والشرح هناك وعن الكرخي انه ينعقد بلفظ الاجارة لان المستوفى بالنكاح منفعة حقيقة وقد سمي الله تعالى العوض في النكاح أجراً بقوله تعالى فأتوهن أجورهن وهو يشعر بأنه مشا كل الاجارة ولنا ان المملوك بالنكاح في حكم العين حتى لا ينعقد الا مؤبداً والاجارة لا ينعقد الا مؤقتة فيبينها ما نفاة فاني نصح الاستعارة انتهى كلامهم فاذا كان المملوك بالنكاح في حكم العين حتى لم يصح بذلك جعل لفظ الاجارة استعارة للنكاح لم يتناول تعريف الاجارة بأنهم عقد على المنافع بعوض أو بأنها تملك المنافع بعوض أو بنحو ذلك للنكاح تأمل تنقف وقال في غاية البيان وينبغي أن يقال عقد على منفعة معلومة بعوض معلوم الى مدة معلومة حتى يخرج النكاح لان التوقيت يطله اه (أقول) وهذا ايضا ليس بسديد اذ على تقدير ان يقال كذلك يخرج من التعريف كثير من الاجارات كما يخرج النكاح فانهم صرحوا بأن المنافع في الاجارات تارة تصير معلومة بالمدة كاستئجار الدور السكني والارض للزراعة وتارة تصير معلومة بالتسمية كاستئجار رجل على صبغ ثوب أو خياطة وتارة تصير معلومة بالتعيين والاشارة كاستئجار رجل لينقل له هذا الطعام الى موضع معلوم وتعين المدة انما يجب في القسم الاول من تلك الاقسام الثلاثة دون القسمين الاخيرين منها فتخرج الاجارات المندرجة تحت هذين القسمين من تعريف الاجارة على الوجه المذكور فيفضل قطعاً (قوله لان الاجارة في اللغة بيع المنافع) قال الشارح العيني قيل فيه نظر لان الاجارة اسم للاجرة وهي ما أعطيت من كراه الاجير كما صرحوا به قلت قد بينت لك عن قريب ان الاجارة يجوز ان تكون مصدراً فيستقيم الكلام اه (أقول) النظر المزبور ظاهر الورد لان المذكور في كتب اللغة انما هو ان الاجارة اسم للاجرة لا امر آخر وانما الذي هو بيع المنافع الايجار وقد كان هذا خطري بالي حتى كتبت في مسوداتي من قلنا انفسى قبل ان أرى ما كتبه غيري وأما الجواب الذي ذكره بقوله قلت قد بينت لك عن قريب الخ فليس بشئ لان مراده

بين المفهوم الشرعي قيل
اللعوى لان اللعوى هو
الشرعي بلا مخالفة وهو في
بيان شرعيتها فالشرعي
أولى بالتقديم ولما كانت
عبارة عن تملك المنافع

قال المصنف (لان الاجارة
في اللغة بيع المنافع) أقول
فيه بحث أما أولاً فلانه لا بد
من ضمنية لهـ هذا التعليل
حتى يتم كأن يقال ولم
يثبت نفسه في الشرع الى
معنى آخر وأما ثانياً
فلا لأنه مخالف لما في كتب
اللغة كالمغرب وغيره أنها
اسم للاجرة (قوله لان
اللعوى هو الشرعي بلا
مخالفة) أقول فيه بحث
(قوله فالشرعي أولى
بالتقديم) أقول فيه بحث

وهي غير موجودة في الحال

يقتض القياس جوازها الا
انها جوزت على خلاف
القياس بالاثرة لحاجة الناس
فكان استحسانا بالاثرة ومن
الاثر الدالة على صحتها
ما ذكره في الكتاب وهو قوله
صلى الله عليه وسلم أعطوا
الاجير أجره قبل أن يجف
عرقه فان الامر باعطاء الاجر
دليل على صحة العقد وقوله
عليه الصلاة والسلام من
استأجر أجيرا فليعلم أجره وفيه
زيادة بيان أن معلومة الاجر
شرط جوازها (وتنقد الاجارة
ساعة فساعة على حسب
حدوث المنافع) لانها هي
المعقود عليه فالمالك في البدل
أيضا يقع ساعة فساعة لان
المعاوضة تقتضي التساوي
والمالك في المنفعة يقع ساعة
فساعة على حسب حدوثها
فكذلك في بدلها وهو الاجرة
فان قيل اذا كان كذلك وجب
أن يصح رجوع المستأجر في
الساعة الثانية قبل أن ينقصد
العقد فيها واذا استأجر شهرا
مثلا ليس له أن يتمتع به عند
قال المصنف (والقياس بأبي
جوازه) أقول ذلك الضمير
الراجع الى الاجارة باعتبار أنها
عقد قال المصنف (وقد
شهدت بصحتها الاثر وهو
الح) أقول هو راجع الى
الاثر والاثر والتذكير
باعتبار الخبر قال المصنف
(وتنقد ساعة فساعة على
حسب حدوث المنفعة

والقياس بأبي جوازه لان المعقود عليه المنفعة وهي معدومة واطراف التملك الى ما سيوجد لا يصح الا
أنا جوزناه لحاجة الناس اليه وقد شهدت بصحتها الاثر وهو قوله عليه الصلاة والسلام أعطوا الاجير
أجره قبل أن يجف عرقه وقوله عليه الصلاة والسلام من استأجر أجيرا فليعلم أجره وتنقد ساعة فساعة
على حسب حدوث المنفعة

بقوله قد بينت لك الخ ما ذكره في صدر كتاب الاجارات بقوله ولا يمنع أن تكون مصدر منه كما تقول
كتب يكتب كتابة بعد قوله وهو جمع اجارة على فعالة بالكسر اسم للاجر بمعنى الاجرة من أجره اذا
أعطاه أجره ولا يذهب عليك أن ذلك لا يجدي شيئا في الجواب عن النظر المزبور اذ قد تقررت في علم الادب
أن مصدر الثلاثي سمعي لا قياس فيه فكون الكتابة مصدر من كتب لا يقتضي كون الاجارة أيضا
مصدر من أجر فان الكتابة سمعت مصدر من كتب وأما الاجارة فلم تسمع مصدر اقط والكلام فيما
سمع من أهل اللغة لا في الاحتمال العقلي على انه لو سلم صحى والاجارة في اللغة مصدر من أجر اذا أعطاه
أجره كعبي والاجر مصدر منه لم يستقم الكلام أيضا اذ لا تكون الاجارة حينئذ أيضا في اللغة بيع
المنافع بل تكون اعطاء الاجر وقد قال المصنف ان الاجارة في اللغة بيع المنافع فلا استقامة ثم ان
صاحب العناية قال ههنا بين المفهوم الشرعي قبل القوي لان القوي هو الشرعي بلا مخالفة وهو في بيان
شرعيته فالشرعي أولى بالتقديم اه (أقول) فيه بحث لان كون المفهوم الشرعي أولى بالتقديم بناء
على انه في بيان شرعيته لو تم لاقتضى تقديم المفهوم الشرعي على المفهوم القوي في جميع المواضع
سواء كان المعنى الشرعي موافقا للمعنى القوي أو مخالفا له مع ان دأب المصنفين عن آخرهم جرى على
تقديم بيان المعنى القوي على بيان المعنى الشرعي لكون القوي هو الاصل المتقدم فالوجه عندي
ههنا ان المصنف سلك مسلك الاستدلال على كون الاجارة في الشرع عقدا على المنافع بعوض ولكن
طوى الصغرى فكأنه قال لان معنى الاجارة في الشرع هو معناها في اللغة ومعناها في اللغة بيع المنافع
ولا يخفى ان هذا المسلك يقتضي تقديم مفهومها الشرعي بناء على ما شتهر من تقديم المدعى على الدليل
تدبر فانه وجه حسن (قوله الا أنا جوزناه لحاجة الناس اليه وقد شهدت بصحتها الاثر) قال
صاحب العناية في شرح هذا الحل الا انها جوزت على خلاف القياس بالاثرة لحاجة الناس فكان
استحسانا بالاثرة اه (أقول) في تقريره مقصودا المتبادر من قوله الا انها جوزت على خلاف القياس
بالاثرة ومن قوله فكان استحسانا بالاثرة ان ينحصر دليل شرعيته في الاثر والاثرة لا تكون فائدة في ذكر
قيس الاثر في الموضوعين وليس ذلك ينحصر في الاثر بل الكتاب أيضا دليل عليها كقوله تعالى فان
أرضهم لكم فآتوهم أجورهم وكقوله تعالى حكاية عن شعيب عليه السلام أريد أن أنكحك إحدى
ابنتي هاتين على أن تأجرني ثمانى حجج وكذا اجماع الامة أيضا دليل عليها كما ذكر في الكافي وغيره بخلاف
تقرير المصنف كما لا يخفى على الفطن المتأمل (قوله وهي قوله عليه الصلاة والسلام أعطوا الاجير
أجره قبل أن يجف عرقه) قال الشراح فان الامر باعطاء الاجر دليل على صحتها (أقول) لقائل أن
يقول سيأتى في باب الاجارة الفاسدة أنه يجب فيها أجر المثل اذ لا شك ان الواجب الشرعي مأمور باعطائه
من قبل الشرع فلم يكن الامر باعطائه الاجر دليل صحة العقد اللهم الا أن يقال وقع الامر في
الحديث المذكور باعطاء الاجر المضاف الى الاجير حيث قال أعطوا الاجير أجره وذلك يفيد كون
المسار بالاجر المأمور باعطائه الاجر المسمى للاجير دون أجر المثل مطلقا والامر باعطاء الاجر المسمى
للاجير لا يتصور الا في الاجارة الصحيحة تبصر (قوله وتنقد ساعة فساعة على حسب حدوث المنفعة

أجاب بقوله (والدار أقيمت مقام المنفعة في حق إضافة العقد ليرتبط بالإيجاب بالقبول) الزاماً للعقد في المقدار المعين (ثم يظهر عمل العقد وأثره في حق المنفعة) يعني يترأى حكم اللفظ إلى حين وجود المنفعة (ملكاً واستحقاقاً) يعني بثنتان معاً (حال وجود المنفعة) بخلاف بيع العين فإن الملك في المبيع ثبت في الحال وبتأخر الاستحقاق إلى نقد الثمن وجزاء أن يفصل حكم العقد عنه كما في البيع بشرط الخيار (ولا تصح الاجارة حتى تكون) (١٤٨) المنافع معلومة والاجرة معلومة لما روينا من قوله صلى الله عليه وسلم من

والدار أقيمت مقام المنفعة في حق إضافة العقد اليها ليرتبط بالإيجاب بالقبول ثم عمل يظهر في حق المنفعة ملكاً واستحقاقاً حال وجود المنفعة (ولا تصح حتى تكون المنافع معلومة والاجرة معلومة) لما روينا ولأن الجهة التي المعقود عليه وبه تنفذي إلى المنازعة كجهالة الثمن والمثمن في البيع (وما جاز أن يكون ثمننا في البيع جازاً أن يكون أجرة في الاجارة) لأن الاجرة ثمن المنفعة فتعتبر بمن المبيع

والدار أقيمت مقام المنفعة في حق إضافة العقد ليرتبط بالإيجاب بالقبول (قال بعض الفضلاء لا بد أن يتأمل في هذا المقام فإن الانعقاد هو ارتباط القبول بالإيجاب فإذا حصل الارتباط بأقامة الدار مقام المنفعة يتحقق الانعقاد أي معنى للانعقاد ساعة فساعة بعد ذلك اه كلامه (أقول) جواب هذا الاشكال ينكشف جداً بما ذكره صاحب غاية البيان ههنا حيث قال والمراد من انعقاد العلة ساعة فساعة في كلام مشايخنا على حسب حدوث المنافع هو عمل العلة وثباتها في المحل ساعة فساعة لا ارتباط الإيجاب بالقبول كل ساعة وإن كان ظاهر كلام المشايخ يوجب ذلك والحكم تأخر من زمان انعقاد العلة إلى حدوث المنافع ساعة فساعة لأن الحكم قابل للتأخر كما في البيع بشرط الخيار وفسر بعض مشايخنا على وجه آخر فقال اللفظان الصادران منه مضافين إلى محل المنفعة وهو الدار ههنا كلاماً وهو عقد ينشأ ما إذا العقد فعله ما ولا فعل يصدر منه ما سوى ترتيب القبول على الإيجاب ثم الانعقاد حكم الشرع ثبت وصف الكلام من مائتة عا والعهلة الشرعية مغايرة للعلة العقلية فإنه يجوز أن تنفك عن معلولاتها فجاز أن يقال العقد وجد وأنه عبارة عن كلامه ما أو الانعقاد تراخي إلى وجود المنافع ساعة فساعة بخلاف العلة العقلية فإن الانكسار لا يصح انفكاكه عن الكسر إلى هنا كلام صاحب الغاية فكان ذلك المستشكل لم ير هذا الكلام ولم يقع بهو كلاهما مما لا ينبغي كالأبني ثم إن صاحب العناية جعل قول المصنف والدار أقيمت مقام المنفعة الخ جواباً عن سؤال مقدر حيث قال بعد شرح قوله وتنعقد ساعة فساعة على حسب حدوث المنافع فإن قيل إذا كان كذلك وجب أن يصح رجوع المستأجر في الساعة الثانية قبل أن ينعقد العقد فمما إذا استأجر شهراً مثلاً ليس له أن يتمتع بلا عذر أجاب بقوله والدار أقيمت مقام المنفعة في حق إضافة العقد ليرتبط بالإيجاب بالقبول الزاماً للعقد في المقدار المعين انتهى كلامه وقد تبعه العيني (أقول) فيه نظر لأنه أن يتحقق انعقاد العقد في ذلك المقدار المعين كله بمجرد اقامة الدار مقام المنفعة في حق إضافة العقد ليرتبط بالإيجاب بالقبول لم يظهر معنى قولهم وتنعقد ساعة فساعة على حسب حدوث المنافع إذ يلزم حينئذ أن تنعقد في الساعة الأولى وهي ساعة العقد بالإيجاب والقبول وارتباط أحدهما بالآخر وإن لم يتحقق ذلك الانعقاد بمجرد تلك الأقامة بل حصل ساعة فساعة على حسب حدوث المنافع كما هو الظاهر من كلامهم رد السؤال المقدر المزبور على قولهم وتنعقد ساعة فساعة ولا يتم قول المصنف والدار أقيمت مقام المنفعة الخ جواباً عن ذلك السؤال بل يحتاج إلى جواب آخر كما لا يخفى في فالأظهر أنه ليس مراد المصنف بقوله

استأجر أجراً فليعلم أجره فإنه كما يدل بعبارة على كون معلومية الاجرة شرطاً لا بد لثبته على اشتراط معلومية المنافع لأن المعقود عليه في الاجارة هو المنافع وهو الاصل والمعقود به هو الاجرة كالمتبع كالمتن في البيع فإذا كان معلومية المتبع شرطاً كان معلومية الاصل أولى بذلك (ولأن الجهالة في المعقود عليه وبه تنفذي إلى المنازعة كجهالة الثمن والمثمن في البيع) وهو واضح وما صلح أن يكون ثمننا في البيع صلح أن يكون أجرة لأن الاجرة ثمن المنفعة فتعتبر بمن المبيع

والدار أقيمت مقام المنفعة الخ) أقول لا بد أن يتأمل في هذا المقام فإن الانعقاد هو ارتباط القبول بالإيجاب فإذا حصل الارتباط بأقامة الدار مقام المنفعة يتحقق الانعقاد أي معنى للانعقاد ساعة فساعة بعد ذلك

المذكور

ذلك قال المصنف (وما جاز أن يكون ثمننا في البيع جازاً أن يكون أجرة في الاجارة) أقول

قال في المحيط البرهاني الاصل فيه أن ما يصلح أن يكون ثمننا في البياعات يصلح أن يكون أجرة في الاجارات وما لا يصلح أن يكون ثمننا في البياعات لا يصلح أن يكون أجرة في الاجارات الا المنفعة فإنها تصلح أن تكون أجرة إذا اختلف الجنس ولا تصلح ثمننا انتهى وهذه العبارة أحسن من عبارة المصنف

وليس كل ما لا يصلح غنا لا يصلح
أجره لأن بعض ما لا يصلح
غنا كالأعيان التي هي ليست
من ذوات الامثال كالحيوان
والثياب مثلا إذا كانت معينة
صلح أن يكون أجره كما إذا
استأجر دارا بثوب معين وان
كان لا يصلح غنا وفيه نظر فان
المقايضة بيع وليس فيها
الالعين من الجانبين فلو لم
تصلح العين غنا كانت بيعا
بلا عن وهو باطل ويمكن
أن يجاب عنه بأن النظر
على المثال ليس من دأب
المتأثرين فإذا كان الأصل
محصلا جاز أن يمثل بمثل آخر
فلمثل بالمنفعة فانها تصلح
أجره إذا اختلف جنس المنافع
كما إذا استأجر سكنى دار
بركوب دابة ولا تصلح غنا أصلا

(قوله كالحيوان والثياب
مثلا) أقول قال في الهبط
البرهاني في الفصل الاول
من الاجارات وإذا كانت
الاجرة عرضا أو ثيابا
يشترط فيه جميع شرائط
السلم وفي هذا كله إذا كانت
الاجرة عينيا فاعلامه بالاشارة
وإذا كانت الاجرة حيوانا
لا يجوز الا إذا كانت عينيا
انتهى (قوله أو ثيابا) يعني
بالثياب ما ليس له مثل كما
علم من تقرير الشارح

المذكور الجواب عن السؤال المزبور بل مراده به توجيه صحة العقد في المنافع المعدومة على أصل
أعنتنا كما فصل في الكافي وسائر الشروح سيما في غاية البيان فانه قال فيها بيان ما قلناه هو أن العقد لا يبدله
من محل لأن المحل شرط صحة العقد لأن العقود لا تصح ملامحها ولهذا قال الفقهاء المحال شروط ومحل
العقد ههنا هي المنافع وهي معدومة ولا يصلح المعدوم محلا للعقد فجعلت الدار محلا للعقد باقيا مقامها
المنافع التي ستوجد لأن الدار محل للنفاع فتصحها العقد حتى يرتبط الكلامان وهما الإيجاب والقبول
أحدهما بالآخر على وجه يكونان على صالحته في افادة الحكم وهو ملك المنافع التي ستوجد انتهى فتدبر
(قوله وما لا يصلح غنا يصلح أجره أيضا كالأعيان) أي كالأعيان التي ليست من ذوات الامثال كالحيوان
والثياب مثلا فانها إذا كانت معينة صلح أن يكون أجره كما إذا استأجر دارا بثوب معين وان كان لا يصلح
غنا لما تقر في البيوع أن الاموال ثلاثة ثمن محض كالدارهم ومبيع محض كالأعيان التي ليست من
ذوات الامثال وما كان بينهما كالكيليات والموزونات كذا في الشروح قال صاحب العناية وفيه نظر
فان المقايضة بيع وليس فيها الا العين من الجانبين فلو لم تصلح العين غنا كانت بيعا بلا عن وهو باطل ويمكن
أن يجاب عنه بأن النظر على المثال ليس من دأب المتأثرين فإذا كان الأصل محصلا جاز أن يمثل بمثل آخر
فلمثل بالمنفعة فانها تصلح أجره إذا اختلف جنس المنافع كما إذا استأجر سكنى دار بركوب دابة ولا تصلح
غنا أصلا الى هنا كلامه (أقول) لا النظر ثمن ولا الجواب أما النظر فلان مراد المصنف بالثمن ههنا
ما يجب في الذمة وعن هذا ترى صاحب الكافي وكثيرا من الشراح يقولون بعد قولهم لان الاجرة عوض
مالي فيعتمد وجود المال وأما الثمن فهو ما يجب في الذمة فيقتضى بما ثبت في الذمة ولقد أفصح عنه
صاحب العناية نفسه أيضا فيما بعد حيث قال ان الثمن مشروط بكونه مما يجب في الذمة فيختص
بذلك بخلاف الاجرة ولا شك في عدم صلاحية الأعيان التي ليست من ذوات الامثال لأن تكون غنا
بهذا المعنى ولا في عدم بطلان أن تكون المقايضة بيعا بلا عن بهذا المعنى ألا يرى أن الشارح المذكور
نفسه قال في أول كتاب البيوع وأنواع البيع أربعة بيع السلعة بمثلها ويسمى مقايضة وبيعها بالدين
أعني الثمن وبيع الثمن بالثمن كبيع النقدين ويسمى الصرف وبيع الدين بالعين ويسمى سلما انتهى
حيث جعل الدين مقابلا للعين وفسر الدين بالثمن وجعل أحد أنواع البيع وهو المسمى بالمقايضة
مالا عن فيه أصلا ثم للثمن معنى آخر وهو ما يكون عوضا عن المبيع نص عليه في المغرب وغيره وذلك
المعنى يم الدين والدين وهو الذي لا يتحقق البيع بدونه ويبطل كون المقايضة بيعا بلا عن بذلك المعنى
ولكنه ليس بمراد المصنف بالثمن في قوله وما لا يصلح غنا يصلح أجره أيضا كالأعيان فلا يرد النظر المزبور
عليه جدا وأما الجواب فلانه من ضيق العطن اذ فيه اعتراف ببطلان المثال الذي ذكره المصنف
وحاشاه ثم أقول بنى ههنا شي وهو ان لقائل أن يقول لاشك ان مراد المصنف بالثمن في قوله وما لا يصلح
غنا يصلح أجره أيضا هو ما يجب في الذمة وان تمثيله ما لا يصلح غنا بقوله كالأعيان صحيح على هذا المعنى المراد
الأنه لم يحمل الثمن الواقع في لفظ القصد وروى وهو قوله وما جاز أن يكون غنا في البيع جاز أن يكون أجره
على المعنى الذي يم الدين والعين وهو العوض المقابل للمبيع كما حل الزبيدي الثمن الواقع في قول صاحب
الكنز وما صح غنا يصلح أجره على ذلك المعنى الأعم مع ان ما ذكره المصنف في تعليل مسئلة القصد وروى
بقوله لان الاجرة ثمن المنفعة فتعتبر بثن المبيع فيحصل التعميم لصورتي الدين والعين كما ترى ويمكن أن
يجاب عنه بأنه لما كان المتبادر من لفظ الثمن في عرف الفقه هو معنى ما يجب في الذمة وكان لفظ
القصد وروى غير موقوف على المقام على تقدير حمل الثمن على المعنى الآخر العام لعين أيضا فان ما لا يجوز أن

(قوله فهذا اللفظ) يريد به قوله وما جاز أن يكون ثمنافي البيع الخ (لا يتي صلاحية غيره) كما ذكرنا (لانه عوض مالي) فيعتمد وجود المال والاعيان والمنافع أموال فجاز أن تقع أجرة ولقائل أن يقول الثمن عوض مالي الخ ويمكن أن يجاب عنه بأن الثمن مشروط بكونه مما يجب في الذمة فيختص بذلك كالنقود والمقدرات الموصوفة التي تجب في الذمة بخلاف الأجرة قال (والمنافع تارة تصير معلومة بالمدة الخ) قد تقدم أن المنفعة لا بد وأن تكون معلومة في الأجرة فلا بد من بيان ما تكون به معلومة فتارة تصير معلومة بالمدة كاستئجار الدور للسكنى والاراضي للزراعة مدة (١٤٠) معلومة وكأثنته ما كانت لان المدة اذا كانت معلومة كان مقدار المنفعة

فهذا اللفظ لا يتي صلاحية غيره لانه عوض مالي (والمنافع تارة تصير معلومة بالمدة كاستئجار الدور للسكنى والاراضي للزراعة فيصح العقد على مدة معلومة أي مدة كانت) لان المدة اذا كانت معلومة كان قدر المنفعة فيها معلوما اذا كانت المنفعة لا تتفاوت وقوله أي مدة كانت اشارة الى أنه يجوز طالت المدة أو قصرت لكونها معلومة ولتحقق الحاجة اليها عسى الآن في الاوقاف لا تجوز الاجارة الطويلة كي لا يدعى المستأجر ملكها وهي ما زاد على ثلاث سنين هو المختار

يكون ثمنافي البيع على المعنى العام للعين جاز أن يكون أجرة أيضا كالمنفعة فانها لا تصلح ثمنافي البيع أصلا وتصلح أجرة فيما اذا اختلف جنس المنافع كما صرحوا به جل المصنف لفظ الثمن الواقع في مسئلة القدوري على ما هو المتبادر منه وقال تنبها لها تنك المسئلة ولا يصلح ثمنيا يصلح أجرة أيضا كالاعيان كما قال الشيخ أبو نصر البغدادي في شرح مختصر القدوري وهذا الذي ذكره ليس على وجه الحد وأنه لا يجوز غيره يبين ذلك ان الاعيان لا تكون أثمانا وتكون أجرة وانما ذكر ذلك لانه هو الغالب الى هنالفظه ولكن الانصاف ان المنفعة كانت حقيقا بأن تذكر في غيبيل لا يصلح ثمنيا ويصلح أجرة فان كون المنفعة مما يصلح أجرة أخفى من كون الاعيان منه وليس ذلك مما يمكن أن يستفاد من مسئلة القدوري بخلاف كون الاعيان منه فانه يمكن أن يستفاد منها يحمل الثمن على المعنى العام للعين أيضا كما عرفت آنفا (قوله لانه عوض مالي) أي لان الأجرة على تأويل الاجر عوض مالي فيعتمد وجود المال والاعيان مال فتصح أن تكون أجرة كذا في النهاية وغيرها وقال صاحب العناية بعدما شرح المحل على هذا المنوال ولقائل أن يقول الثمن عوض مالي الخ ويمكن أن يجاب عنه بأن الثمن مشروط بكونه مما يجب في الذمة فيختص بذلك كالنقود والمقدرات الموصوفة التي تجب في الذمة بخلاف الأجرة الى هنا كلامه (أقول) ولقائل أن يقول اذا كان الثمن مشروطا بكونه مما يجب في الذمة كانت الأجرة أيضا مشروطة بكونها ثمن المنفعة كما صرح به المصنف في تعليل مسئلة القدوري فان قيل ان المشروط بذلك ثمن المبيع لا ثمن المنفعة قلنا لقائل أن يقول اذا كان ثمن المنفعة مخالفا لثمن المبيع في أن يكون أحدهما مشروطا بشئ دون الآخر فهل يتم القياس المستفاد من قول المصنف لان الأجرة ثمن المنفعة فتعتبر بثمن المبيع فليشأمل وأورد بعض الفضلاء على الجواب الذي ذكره صاحب العناية وجه آخر حيث قال فيلزم خلو المبيع عن الثمن فيما اذا بيع الادار بالدار لا يجب العقار في الذمة كما لا يخفى اه (أقول) ان كان مراده بهذا الكلام مجرد الزام صاحب العناية ببناءه على ما قاله في نظره السابق من انه لو فصل العين ثمنيا كانت المقايضة بيعا بلا ثمن وهو باطل فله وجه وان كان مراده به ايراد اشكال على ذلك الجواب في الحقيقة فليس بصحيح اذ لا يلزم من الجواب المذكور خلو المبيع عن الثمن بمعنى ما يجب

فيها معلومة فتصح اذا كانت غير متفاوتة بأن يسمى ما يزرع فيها فان ما يزرع فيها متفاوت فاذا لم يبين أفضى الى النزاع المفسد لا عقد ولا فرق بين طويل المدة وقصيرها عندنا اذا كانت بحيث يعيش اليها العاقدان لان الحاجة التي جوزت الاجارة لها قد تمس الى ذلك وهي مدة معلومة يعلم بها مقدار المنفعة فكانت صحيحة كالأجل في البيع وأما اذا كانت بحيث لا يعيش اليها أحد المتعاقدين فنعى بعضهم لان الظن في ذلك عدم البقاء الى تلك المدة والظن مثل التيقن في حق الاحكام فصارت الاجارة مؤبدة معسنى والتأبيد يبطأها ويجوزه آخرون منهم الخصاص لان العبرة في هذا الباب بصيغة كلام المتعاقدين وأنه يقتضي التوقيت ولا معتبر بموت المتعاقدين أو أحدهما قبل انتهاء المدة لانه قد يتحقق في مدة يعيش اليها الانسان

غالبا ولم يعتبر كما اذا تزوج امرأة الى مائة سنة فانه متعة ولم يجعل بمنزلة التأبيد ليصح النكاح وان كان لا يعيش الى هذه المدة غالبا وجعل ذلك نكاحا مؤقتا اعتبارا للصيغة (قوله الآن في الاوقاف) يجوز أن يكون استثناء من قوله أي مدة كانت وانما لا تجوز في الاوقاف الاجارة الى مدة طويلة وهي ما زادت على ثلاث سنين هو المختار كي لا يدعى المستأجر ملكها هذا اذا لم يشترط الواقف أن لا يواجر أكثر من سنة وأما اذا شرط فليس للثمن أن يزيد على ذلك فان كانت مصلحة الوقف تقتضي ذلك يرفع الى الحاكم حتى يحكم بجوازها

(قوله ويمكن أن يجاب عنه بأن الثمن مشروط بكونه مما يجب في الذمة) أقول فيلزم خلو المبيع عن الثمن فيما اذا بيع الادار بالدار لا يجب العقار في الذمة كما لا يخفى

قال (وتارة تصير معلومة بنفسه كن استأجر رجلا على صبغ ثوبه أو خياطته أو استأجر دابة ليحمل عليها مقدار معلوما أو بركبها مسافة مماها) لانه اذا بين الثوب ولون الصبغ وقدره وجنس الخياطة والقدر المحمول وجنسه والمسافة صارت المنفعة معلومة فيصح العقد ويرى بما يقال الاجارة قد تكون عقدا على العمل كاستئجار القصار والخياط ولا بد أن يكون العمل معلوما وذلك في الاجراء المشترك وقد تكون عقدا على المنفعة كما في اجير الواحد ولا بد من بيان الوقت قال (وتارة تصير المنفعة معلومة بالتعيين والاشارة كن استأجر رجلا لينقل له هذا الطعام الى موضع معلوم) لانه اذا اراد ما ينقله والموضع الذي يحمل اليه كانت المنفعة معلومة فيصح العقد

في الغنمة فيما اذا بيع الدار بالدار لا خلو عن الثمن يعني العوض المقابل للمبيع في تلك الصورة والمحدود خلو عن الثمن بالمعنى الثاني دون المعنى الاول كما بينا من قبل (قوله وتارة تصير معلومة بنفسه) أي بنفس عقد الاجارة كذا ذكر الشراح قاطبة ولم ينقل عامتهم نسخة أخرى وأما صاحب غاية البيان فقال بعد ذكر ذلك وفي بعض نسخ المختصر وتارة تصير معلومة بالتسمية (أقول) لعل الصواب هذه النسخة لان المنافع لا تصير معلومة في هذا النوع بنفس العقد فقط بل انما تصير معلومة بتسمية أمور كبيان الثوب واللون الصبغ وقدره في استئجار رجل على صبغ ثوب وبيان الثوب وجنس الخياطة في استئجار رجل على خياطة ثوب وبيان القدر المحمول وجنسه والمسافة في استئجار رجل دابة للعمل أو الركب على ما أشار المصنف الى ذلك كله حيث قال لانه اذا بين الثوب واللون الصبغ وقدره وجنس الخياطة والقدر المحمول وجنسه والمسافة صارت المنفعة معلومة فيصح العقد فكأن المنافع لا تصير معلومة في النوع السابق والنوع اللاحق بنفس العقد فقط بل انما تصير معلومة في النوع السابق ببيان المدة وفي النوع اللاحق بالتعيين والاشارة كذلك لا تصير معلومة في هذا النوع بنفس العقد فقط بل انما تصير معلومة فيه بتسمية ما لا بد منه من الامور اللازمة للبيان كما أشير الى بعضها في الامثلة المذكورة فلم يكن انسية ضرورة المنافع معلومة في هذا النوع الى نفس العقد ووجه ظاهر وعن هذا لا ترى عبارة بنفسه مذكورة في شيء من الكتب المعتمدة سوى نسخة هذا الكتاب على ما ذكره الشراح وانما المذكور في سائر الكتب موضع بنفسه بالتسمية كما وقع في الكترو المختار اوبذ كر العمل كما وقع في الوقاية وبعض المتون (قوله ويرى بما يقال الاجارة قد تكون عقدا على العمل الى قوله ولا بد من بيان الوقت) أقول في هذا التقسيم نوع اشكال اذ قد مر في صدر الكتاب أن الاجارة عقد على المنافع بعوض فكيف يصح تقسيمها الى العقد على العمل والى العقد على المنفعة وهذا يلزم منه تقسيم الشيء الى نفسه والى غيره اللهم الا أن تحمل عبارة التقسيم على المساحة فيكون المراد الاجارة قد تكون عقدا على منفعة العمل وقد تكون عقدا على منفعة الاعيان لكنه غير منفهم من نفس اللفظ كما لا يخفى ثم أقول كل حق على المصنف أن يؤخر بيان هذا التقسيم الذي ذكره بعض المشايخ كصاحب الاسرار وغيره عن ذكر القسم الثالث من التقسيم المذكور في نفس الكتاب وقد وسطه في البين كما ترى وكأن صاحب الكافي تنبئه سماحة هذا التعرير حيث أخر بيان هذا التقسيم المشي عن تمام ذكر اقسام ذلك التقسيم الثالث واعترض صاحب الغاية على قول المصنف كما في اجير الواحد حيث قال ولنا فيه نظران اجارة اجير الواحد أيضا عقد على العمل ولكن يشترط فيما بيان المدة ولهذا جعله صاحب الصفحة أحد نوعي الاستئجار على الاعمال كما ذكرناه آنفا فلو قال صاحب الهداية وقد تكون عقدا على المنفعة كاستئجار الدور والحوانيت ونحوها كان أولى اه كلامه (أقول) ليس هذا بشئ لأن اجارة اجير الواحد ليست بعقد على العمل ولهذا يستحق اجير الواحد الاجرة بتسليم نفسه في المسدة وان لم يعمل كما صرحوا به قاطبة كما سيأتي

(وتارة تصير معلومة بنفسه)
أي بنفس عقد الاجارة كما
اذا استأجر رجلا على صبغ
ثوبه وبين الثوب ولون
الصبغ وقدره أو استأجر
خياطاً على خياطة ثوبه
وبين الثوب وجنس
الخياطة أو استأجر دابة
لحمل أو الركب وبين
جنس المحمول وقدره
والمسافة وتارة تصير
معلومة بالتعيين والاشارة
كما ذكر في الكتاب

باب الاجرمى يستحق

لما كانت الاجارة تخالف غيرها في تخلف الملك عن العقد بلا خيار شرط وجب افرادها بباب على حدة لبيان وقت التملك وما يتعلق به من المسائل قال (الاجرة لا تجب بالعقد الخ) قال صاحب النهاية الاجرة لا تجب بالعقد معناه لا يجب تسليمها او اداؤها بمجرد العقد وليس بواضح لان نفي وجوب التسليم لا يستلزم نفي التملك كالمبيع فانه ملكه المشتري بمجرد العقد ولا يجب تسليمه ما لم يقبض الثمن والصواب أن يقال معناه لا تملك لان محمداً ذكر في الجامع أن الاجرة لا تملك وما لا تملك لا يجب ايضاؤه فان قلت فاذا لم يستلزم نفي الوجوب نفي التملك كان أعم منه وادعاء الاخص ليس (١٥٣) بمجاز شائع لعدم دلالة الاعم عليه أصلاً قلت أخرج الكلام مخرج

باب الاجرمى يستحق

قال (الاجرة لا تجب بالعقد وتستحق باحدمعان ثلاثة اما بشرط التجهيل أو بالتجهيل من غير شرط أو باستيفاء المعقود عليه)

في الكتاب ولو كان عقداً على العمل لما استحقها بدون العمل بل انما هي عقد على منافع نفسه مطلقاً ولهذا لا يتمكن من ايجاب منافع لغيره وتعيين العمل في بعض الصور كرى الغنم ونحوه لصرف المنفعة المستحقة الى تلك الجهة وسيظهر هذا كله في باب ضمان الاجير وجعل صاحب التحفة ذلك أحد نوعي الاستخبار على الاعمال لا يكون حجة على المصنف ولومثل المصنف ما يكون عقداً على المنفعة باستخبار الدور ونحوها دون اجير الواحد لغات التنبيه على ان اجارة اجير الواحد من هذا القسم وهو مقصود لطفاً بذلك على البعض فتنبه والله أعلم

باب الاجرمى يستحق

قال صاحب النهاية لما ذكر أن حصة الاجارة موقوفة على أن تكون الاجرة معلومة احتاج الى بيان وقت وجوبها فذكره وما يتعلق به من المسائل في هذا الباب اه كلامه واقتنى أثره في هذا التوجيه جماعة من الشراح (أقول) لا يخفى على ذي فطرة سليمة ركاكة هذا التوجيه وصفاً منه اذ لا يستدعي ذكر مجرد أن حصة الاجارة موقوفة على كون الاجرة معلومة بيان وجوبها فاضلاعاً عن الاحتياج الى بيان وقت وجوبها في باب على حدة لا يرى ان معلومية البدلين شرط في كثير من العقود ولم يفتح في شيء منها الى بيان وقت الوجوب في باب على حدة وقال صاحب العناية لما كانت الاجارة تخالف غيرها في تخلف الملك عن العقد بلا خيار شرط وجب افرادها بباب على حدة لبيان وقت التملك وما يتعلق به من المسائل اه كلامه (أقول) فيه شيء وهو ان تخلف الملك عن العقد يوجد في غيرها أيضاً كالهبة فان الملك لا يثبت هناك أيضاً بنفس العقد بل يتوقف على القبض كالمرو وكالوصية فان الملك هناك أيضاً تأخر الى وقت الموت فلا يتم القول بأن الاجارة تخالف غيرها في تخلف الملك عن العقد بلا خيار شرط * ثم أقول الاظهر أن يقال لما كان وقت استحقاق الاجرة مما وقع فيه الاختلاف بين أئمة الشرع وكان يتعلق به كثير من المسائل حسن افراد باب لبيان استحقاق الاجرة وما يتعلق به من المسائل (قوله الاجرة لا تجب بالعقد) قال تاج الشريعة أراد وجوب الاداء أمان نفس الوجوب فثبت بنفس العقد وقال صاحب الكفاية المراد نفس الوجوب لا وجوب الاداء وبيان ذلك اجمالاً وتفصيلاً

الغالب وهو أن تكون الاجرة مما يثبت في الذمة ونفي الوجوب فيه وهو يستلزم نفي التملك لا محالة وعلى هذا كان قوله يستحق بمعنى يملك بدل على هذا كله

باب الاجرمى يستحق

(قوله وجب افرادها) أقول أي افراد المخالفة قال المصنف الاجرة لا تجب بنفس العقد الخ) أقول قال في الوقاية ولا تجب الاجرة بالعقد بل بتجهيلها انتهى قال صدر الشريعة في شرحه فان المستأجر اذا عمل الاجرة فالمجهل هو الاجرة الواجبة بمعنى أن لا يكون له حق الاسترداد انتهى وفي الفصل الثاني من اجارات المحيط البرهاني يجب أن يعلم أن الاجرة لا تملك بنفس العقد ولا يجب ايضاؤها الا بعد استيفاء المنفعة اذ لم يشترط التجهيل في الاجرة سواء كانت الاجرة عيناً او ديناً

هكذا ذكر محمد في الجامع وفي كتاب التخرى وذ كر في الاجارات أن الاجرة اذا كانت عيناً لا تملك بنفس العقد اما اذا كانت ديناً تملك بنفس العقد فتكون بمنزلة الدين المؤجل عامة المشايخ على أن الصحيح ما ذكر في الجامع وكتاب التخرى وبعضهم قالوا ما ذكر في الاجارات قول محمد أولاً وما ذكر في الجامع والتخرى قوله آخر انتهى (قوله فان قلت فاذا لم يستلزم نفي الوجوب نفي التملك كان أعم منه) أقول الظاهر ان مراده العموم من وجه لوجود نفي التملك بدون وجوب التسليم في العين المستأجرة بلا شرط التجهيل فانها واجبة التسليم ولا تملك كالايجي (قوله ليس بمجاز شائع) أقول الشيوخ لا يها (قوله لعدم دلالة الاعم عليه أصلاً) أقول ان أراد أنه لا يدل عليه نفسه فليس ولا يفيد وان أراد أنه لا يدل بقرينة فمنوع وان شئت فراجع كتب علم البيان خصوصاً المفتاح وشرحه (قوله وهو يستلزم نفي التملك لا محالة) أقول ممنوع فان في صورة التجهيل يوجد الملك بلا وجوب

أما أجمالا فلان الاجرة لو كانت عبداً فاعتقه المؤجر قبل وجود أحد معان ثلاثه لا يعتق فلو كان نفس
الوجوب ثابتاً بالصحة اعتاقه كافي البيع وأما تفصيلاً فلا فلاه معاوضة فتعتبر المساواة ولم توجد في جانب
المنفعة ودعليه لا نفس الوجوب ولا وجوب الاداء فكذا في جانب العوض انتهى وقال صاحب النهاية
الاجرة لا تجب بالعقد أى لا يجب تسليمها وأداؤها بمجرد العقد كذا وجدت بخط شيخى وذ كرى الذخيرة
ما يؤيده هذا فقال يجب أن يعلم أن الاجرة لا تملك بنفس العقد ولا يجب ايفاؤها الا بعد استيفاء المنفعة
اذ لم يشترط التجهيل في الاجرة سواء كانت الاجرة عيناً أو ديناً هكذا ذكر محمد رحمه الله في الجامع وفي كتاب
التصرى وذ كرى الاجارات ان الاجرة اذا كانت عيناً لا تملك بنفس العقد وان كانت ديناً تملك بنفس
العقد وتكون بمنزلة الدين المؤجل فعامة المشايخ على أن المبيع ماذ كره في الجامع وكتاب التصرى وقال
بعضهم ماذ كره في الاجارات قول محمد أولاً وما ذ كره في الجامع والتصرى قوله آخر الى هنا لفظ النهاية
(أقول) تأييد ماذ كره في الذخيرة كون معنى عبارة الكتاب ما قاله صاحب النهاية ممنوع فانه قال في
الذخيرة ان الاجرة لا تملك بنفس العقد قبل أن قال ولا يجب ايفاؤها الا بعد استيفاء المنفعة
اذ لم يشترط التجهيل في الاجرة فعلم منه أن الاجرة لا تملك بنفس العقد عندنا كما لا يجب اداؤها بنفس
العقد فتم بخلاف ما في الكتاب فانه لم يذ كرهه من قبل أن قال الاجرة لا تجب في العقد فلو كان معناه
الاجرة لا يجب تسليمها وأداؤها بمجرد العقد لم يفهم منه أن الاجرة لا تملك بمجرد العقد اذ لا يلزم من عدم
وجوب الاداء بمجرد العقد عدم تملكها بمجرد الاداء لأن الثمن مما يملكه البائع بمجرد عقد البيع بلا
خيار ولا يجب تسليمه وأداؤه في الحال بمجرد ذلك في البياعات المؤجلة بل يتأخر الى حلول الاجل فاذا لم
يفهم منه ذلك لم يفد ما هو المذهب عندنا فإلزم أن لا يتم وقال صاحب العناية قال صاحب النهاية الاجرة
لا تجب بالعقد معناه لا يجب تسليمها وأداؤها بمجرد العقد وليس بواضح لأن نفي وجوب التسليم لا يستلزم
نفي التملك كالبيع فانه يملكه المشتري بمجرد العقد ولا يجب تسليمه ما لم يقبض الثمن والصواب أن يقال
معناه لا تملك لان محمد اذ كره في الجامع أن الاجرة لا تملك وما لا يملك لم يجب ايفاؤه وقال فان قلت فاذا
لم يستلزم نفي الوجوب نفي التملك كان أهم منه وذ كرا لاعم واردة الاخص ليس بجاز شائع لعدم دلالة
الاعم على الاخص أصلاً قلت أخرج الكلام مخرج الغالب وهو ان تكون الاجرة مما يثبت في الذمة
ونفي الوجوب فيها وهو يستلزم نفي التملك لا محالة انتهى كلامه (أقول) لا السؤال بشئ ولا الجواب أما
الاول فلان ذ كرا لاعم واردة الاخص انما ليس بجاز شائع اذ لم تحقق قرينة مخصوصة وأما اذا تحققت
القرينة فذلك مجاز شائع وقوعه في كلمات القوم حتى تعرفاتهم التي يجب فيها التحرز عما يورث خفاء
المراد وفيما نحن فيه قد تحققت القرينة على ارادة الاخص وهي قوله وقال الشافعي تملك بنفس العقد كما
اعترف به الشارح المزبور حيث قال فيما بعد يدل على هذا كله قوله وقال الشافعي تملك بنفس العقد والا
لم يكن محل الخلاف متصداً وأما الثاني فلانه ان أراد بقوله ونفي الوجوب فيها أنه قصد نفي الوجوب
في الذمة بدون أن يجعله مجازاً عن نفي التملك لم يكن مطابقاً لقوله والصواب أن يقال معناه لا تملك وانما
مورد السؤال ذلك وان أراد به أنه جعل نفي الوجوب مجازاً عن نفي التملك لعلاقة الاستلزام لم يحتاج الى
قوله أخرج الكلام مخرج الغالب وهو ان تكون الاجرة مما يثبت في الذمة لان الاجرة كلها سواء كانت عيناً
أو ديناً يملكها اذا كان ما يثبت في الذمة منها هو الدين دون العين فنفي التملك بالعقد ينتظم في جميع
أنواع الاجرة ولا يختص بما هو الغالب منها وهو الدين الثابت في الذمة حتى يحتاج الى أن يقال أخرج
الكلام مخرج الغالب على أن قوله وهو يستلزم نفي التملك لا محالة ممنوع فان العين مما لا يجب في
الذمة مع أنه مما يملك قطعاً وقال بعضهم فان في صورة التجهيل يوجد الملك بلا وجوب فتأمل

وقال الشافعي تلك بنفس العقد لا يمكن محل الخلاف متحدا واستدل الشافعي بقوله لان المنافع المعدومة صارت موجودة ضرورة تصحيح العقد ولهذا صححت الاجارة بأجرة مؤجلة ولو لم يجعل موجودة كان ديناً بدين وهو حرام لا محالة واذا كانت موجودة وجب ثبوت الملك بالعقد ولو جرد مقتضى وانتفاء المانع فيثبت الحكم فيما يقابله من البذل فان قيل الثابت بالضرورة لا يتعدى موضعها فلا يتعدى من صحة العقد الى افادة الملك (١٥٤) فالجواب أن الضرورى اذا ثبت يستتبع لوازمه وافادة الملك من لوازم الوجود عند

العقد ولنا أن العقد ينقد شيئاً فشيئاً على حسب حدوث المنافع على ما بينا والعقد أى عقد الاجارة معاوضة بلا خلاف ومن قضية عقد المعاوضة المساواة فمن ضرورة التراخي في جانب المنفعة التراخي في البذل وهو الاجر تحقفاً للمساواة واذا استوفى المنفعة ثبت الملك في الاجر لذلك

(قوله وقال الشافعي تلك بنفس العقد والالم يكن محل الخلاف متحداً) أقول ولك أن تقول ارتكاب المجازي في موضع واحد أهون من ارتكابه في ثلاثة مواضع ويحصل اتحاد محل الخلاف أيضاً فان المراد بنفس العقد العقد الخالي عن المعاني الثلاثة وبتسليم العين المستأجرة الى المستأجر يجب تسليم الاجرة للأجير عند الشافعي فليتأمل وفي شرح الحاوي للفتاوى اعلم أن الاجرة اذا كانت في الذمة فهي كالثلث في الذمة في أنها ان شرط فيها التأجيل والتنجيم كانت مؤجلة أو

وقال الشافعي تلك بنفس العقد لان المنافع المعدومة صارت موجودة حكماً ضرورة تصحيح العقد فيثبت الحكم فيما يقابله من البذل ولنا ان العقد ينقد شيئاً فشيئاً على حسب حدوث المنافع على ما بينا والعقد معاوضة ومن قضيتها المساواة فمن ضرورة التراخي في جانب المنفعة التراخي في البذل الآخر واذا استوفى المنفعة ثبت الملك في الاجر لتحقق التسوية

(قوله وقال الشافعي تلك بنفس العقد لان المنافع المعدومة صارت موجودة حكماً ضرورة تصحيح العقد فيثبت الحكم فيما يقابله من البذل) قال صاحب العناية في حل هذا المحل واستدل الشافعي بقوله لان المنافع المعدومة صارت موجودة ضرورة تصحيح العقد ولهذا صححت الاجارة بأجرة مؤجلة ولو لم يجعل موجودة كان ديناً بدين وهو حرام لا محالة واذا كانت موجودة وجب ثبوت الملك بالعقد ولو جرد مقتضى وانتفاء المانع فيثبت الحكم فيما يقابله من البذل انتهى وأورد عليه بعض الفضلاء حيث قال قوله لوجود مقتضى وانتفاء المانع ممنوع فان انتفاء الوجود حقيقة مانع عنه انتهى (أقول) هذا الايراد ساقط لان المنافع المعدومة اذا جعلت موجودة في حكم الشرع يجب أن يترتب عليه ثبوت الملك بالعقد ولا يبقى لانتهاء الوجود حقيقة صلاحية لمنع عنه لان الشرع انما يجعله موجوداً لاجل أن يترتب عليه ذلك الحكم فلو كان انتفاء وجوده حقيقة مانعاً عنه لزم أن يلغى جعل الشرع اياه موجوداً وهذا خلف وعن هذا قالوا وللشارع ولاية جعل المعدوم حقيقة موجوداً كما جعل النطفة في الرحم ولا حية فيها كالحى حكماً في حق الارث والعنق والوصية على ما ذكر في الكافي وعامة الشروح ثم رد على استدلال الشافعي كلام آخر من قبل أغننا كما أشير اليه في عامة المعتبرات وهو أن جعل المعدوم موجوداً في الشرع انما يكون فيما اذا دعت الضرورة اليه وفيما نحن فيه لا تدعو الضرورة اليه لا مكان تصحيح العقد بطريق آخر أوضح وأوسع منه وهو اقامة العين التي هي سبب لوجود المنفعة كالدار مثلاً مقام المنفعة في حق صحة الايجاب والقبول ثم انعقاد العقد في حق المعقود عليه على حسب حدوث المنافع واقامة السبب مقام السبب أصل شائع في الشرع كاقامة السفر مقام المشقة واقامة البلوغ مقام كمال العقل وهم جرامن النظائر ثم قال صاحب العناية فان قيل الثابت بالضرورة لا يتعدى موضعها فلا يتعدى من صحة العقد الى افادة الملك فالجواب أن الضرورى اذا ثبت يستتبع لوازمه وافادة الملك من لوازم الوجود عند العقد انتهى (أقول) في الجواب بحث لانه اذا أراد أن افادة الملك في الحال من لوازم الوجود عند العقد فهو ممنوع كيف وقد تقرر فيما مر أن حكم العقد يجوز أن يفصل عنه كالبيع بشرط الخيار فان الملك فيه يترأخى الى وقت سقوط الخيار مع وجود المبيع عند العقد وان أراد أن افادة الملك ولو بعد زمان من لوازم ذلك فهو مسلم لكن هذا لا يفيد مدعى الشافعي فان مدعاه ان الاجرة تلك في الحال والجواب المزبور انما هو لتصحيح مدعاه فلا يتم التقريب واعتراض بعض الفضلاء على الجواب المسطور بوجه آخر حيث قال ان أراد أن افادة الملك من لوازم الوجود حقيقة فسلم ولا يفيد مدعاه وان أراد أنهما من لوازم الوجود ولو حكماً فغير مسلم انتهى (أقول) ما ذكره في كل من شق تردده ليس بسديد أما الاول فلانه سلم كون افادة

الملك

منصمة وان شرط فيها التججيل كانت معجلة وان أطلق ذكرها نجحت أيضاً وملك جميعها المكروى

بنفس العقد واستحق استيفاءها اذا سلم العين الى المستأجر لانه عوض في معاوضة يتجمل بشرط التججيل فيتمتع عند الاطلاق كالثلث انتهى (قوله لوجود مقتضى وانتفاء المانع) أقول ممنوع فان انتفاء الوجود حقيقة مانع عنه (قوله وافادة الملك من لوازم الوجود عند العقد) أقول ان أراد من لوازم الوجود حقيقة فسلم ولا يفيد مدعاه وان أراد من لوازم الوجود ولو حكماً فغير مسلم

وكذا اذا شرط التجهيل أو جعل بلا شرط لان المساواة تثبت حقاله وقد أبطله واعترض بأن شرط التجهيل فاسد لانه يخالف مقتضى العقد وفيه نفع لاحد المتعاقدين وله مطالب فيفسد العقد به والجواب أنه يخالف مقتضى العقد من حيث كونه اجارة أو من حيث كونه معاوضة والاول مسلم وليس جواز اشتراط التجهيل باعتباره والثاني ممنوع فان تجهيل البدل واشترطه لا يخالفه من حيث المعاوضة وعورض دليلنا بأن الإبراء عن الاجرة والارتهان عنها والكفالة بها صحيحة بالاتفاق ولولا الملك لما صحت وأجيب بأن صحة الإبراء على قول أبي حنيفة وأبي يوسف ممنوعة وجوز محمد لان العقد سبب في جانب الاجرة اذا لفظ صالح لاثبات الحكم به وعدم الانعقاد في جانب المنفعة لضرورة العدم ولا ضرورة في الاجرة فظهر الانعقاد في حقه ويصح الإبراء لوجوده بعد السبب وكذلك الكفالة كالكفالة بما يذوبه على فلان وصحة الرهن لان موجب ثبوت يد الاستيفاء واستيفاء الاجر قبل استيفاء المنفعة صحيح بالتجهيل أو اشتراطه فكذلك الرهن به والجواب عن قوله ولولم يجعل موجوده كان ديناً بدين وهو حرام أن ذلك ليس بدين لان الدين ما يكون في الذمة والمنافع ليست كذلك على أنه أقيمت العين مقام المنفعة فلم يكن ديناً بدين وهذا طريق شائع شائع لكونه اقامة السبب مقام السبب وأما جعل المعدوم موجوداً فلم يعهد كذلك

(قوله فان تجهيل البدل واشترطه لا يخالفه) أقول فيه بحث وكيف لا يخالفه (١٥٥) وقضيتها المساواة وظاهر أن شرط

التجهيل قبل ثبوت الملك في البدل الاخر يفوت المساواة نعم مطلق شرط التجهيل لا ينافيها ولكن ذلك لا يفيد فليتأمل (قوله من حيث المعاوضة) أقول كافي البيع (قوله لان العقد سبب الخ) أقول قال صاحب البدائع ولان الإبراء لا يصح إلا بالقبول فاذا قبل المستأجر فقد قصد صحة تصرفه ما ولا صحة إلا بالملك فثبت الملك بمقتضى التصرف تصحيحاً له كافي قول الرجل لغيره أعتق عبداً عنى بألف درهم فقال أعتقت انتهى

وكذا اذا شرط التجهيل أو جعل لان المساواة تثبت حقاله وقد أبطله الملك من لوازم الوجود حقيقة مع أن افادة الملك في الحال كما هو مدعى الشافعي ليس من لوازم الوجود حقيقة ألا يرى أن المبيع يجب أن يكون موجوداً حقيقة عند العقد مع أن البيع بشرط الخيار لا يفيد الملك في الحال كما مر وأما الثاني فلان الوجود الحكمي لا يكاد أن يخالف الوجود الحقيقي في اللوازم الشرعية والالام تحصل فائدة في جعل الشرع الوجود الاعتباري في حكم الوجود الحقيقي فلما سلم أولاً كون افادة الملك من لوازم الوجود حقيقة لزمه تسليم كونها من لوازم الوجود حكمياً أيضاً فالوجه الوجيه في التردد وفي المنع والتسليم ما ذكرناه من قبل (قوله وكذا اذا شرط التجهيل أو جعل لان المساواة تثبت حقاله وقد أبطله) قال في العناية واعترض بأن شرط التجهيل فاسد لانه يخالف مقتضى العقد وفيه نفع لاحد المتعاقدين وله مطالب فيفسد العقد والجواب أنه يخالف مقتضى العقد من حيث كونه اجارة أو من حيث كونه معاوضة والاول مسلم وليس جواز اشتراط التجهيل باعتباره والثاني ممنوع فان تجهيل البدل واشترطه لا يخالفه من حيث المعاوضة انتهى (أقول) في الجواب نظر أما أولاً فلان حبيشة كونه اجارة هي حبيشة كونه معاوضة مخصوصة فإخالف مقتضى العقد من احدى هاتين الحبيشتين يخالف مقتضاه من الحبيشة الاخرى فامعنى قوله والاول مسلم والثاني ممنوع وهلا يستلزم تسليم الاول تسليم الثاني ومنع الثاني منع الاول فان قيل مراده بحبيشة كونه معاوضة حبيشة كونه معاوضة مأمع قطع النظر عن خصوصيته فلا يلزم اتحاد الحبيشتين قلنا يلزم

وفيه بحث فانه لا يتوقف على القبول كما مر في أواخر الهبة الآن براد بالقبول معنى يعنى عدم الرد (قوله فظهر الانعقاد في حقه) أقول ان أراد الانعقاد في حق الحكم فليس بمنعقد في حق الحكم باجماع علمائنا وان أراد غيره فليبين على أنه مخالف لما سبق في كتاب الاقرار من أن قوله أبرأتني اقرار بالمال المدعى فليتأمل (قوله ويصح الإبراء لوجوده بعد السبب) أقول كالإبراء عن القصاص بعد الجرح (قوله والمنافع ليست كذلك) أقول هذا مما لا يدل عليه من دليل وفي البرازية تكرار دابة مسمومة بغير عينها من كوفة الى مكة ذكر في الكتاب أنه يجوز وذكر شيخ الاسلام ليس تفسيره أن يؤجر بالابلاغ بغير عينها الى مكة فانه لا يجوز لانه مجهول بل تفسيره ضمان تقبل المكاري الحولة وقد قال المستأجر اجلني على ابل الى مكة أو اجلني أو اجل هذه الحولة فيكون المعقود عليه في الذمة ويقتى بالجواز للعرف انتهى وسيجي من المصنف في آخر هذا الباب أن المسحق عمل في ذمته فراجع الا أنه ذكر في الحواشي الجلية دليل على أن المنفعة لا تكون ديناً فانه قال ان الدين محل الذمة وهو لا يلزم المنفعة في الذمة انتهى فتأمل فيه وقال الامام الزليعي وانما جاز الاستئجار بالدين لان العقد لم ينعقد في حق المنفعة فلم تصر المنفعة ديناً في ذمته فلا يجب بدله أيضاً وعند انعقاد العقد فيها وهو زمان حدونها قصير هي مقبوضة فلا يكون ديناً بدين أصلاً انتهى فتأمل في جميع ما ذكر

أن تكون صحة اشتراط التجهيل في عقد الاجارة باعتبار كونه معاوضة مامع قطع النظر عن خصوصية كونه اجارة ولا يخفى أن ذلك الاعتبار لا يحظر ببال أحد من المتعاقدين عند اشتراط التجهيل على أنهما لو صرحا بأنهما الوشرط التجهيل في عقد الاجارة من حيث انه اجارة لم يفسد العقد قطعا وأما ثانيا فلان قوله فان تجهيل البدل واشراطه لا يخالفه من حيث المعاوضة غير تام فان من قضية المعاوضة المساواة وبشرط تجهيل الاجرة قبل ثبوت الملك في المعقود عليه نفوت المساواة كما لا يخفى والاولى في الجواب ما ذكر في الكفاية وشرح تاج الشريعة وهو أن شرط التجهيل في الاجارة لا يخالفه مقتضى العقد فان عقد الاجارة يقتضي التجهيل كالبيع الا أنه سقط لما منع وهو وجوب المساواة وهو حق المتأجر فاذا أسقط حقه بالتجهيل زال المانع فصح ثم قال صاحب العناية وعورض دليلنا بأن الإبراء عن الاجرة والارتهاان عنهما الكفالة بهما صحيحة بالاتفاق ولو لا الملك لما صح وأوجب بأن صحة الإبراء على قول أبي حنيفة وأبي يوسف ممنوعة وجوزة محمد لان العقد سبب في جانب الاجرة اذا لفظ صالح لاثبات الحكم به وعدم الانعقاد في جانب المنفعة لضرورة العدم ولا ضرورة في الاجرة فظهر الانعقاد في حقه ويصح الإبراء لوجوده بعد السبب وكذلك الكفالة كالكنالة بما يذوب له على فلان وصحة الرهن لان موجب ثبوت يدا الاستيفاء واستيفاء الاجر قبل استيفاء المنفعة صحيح بالتجهيل أو اشتراطه فكذا الإبراء به انتهى كلامه (أقول) هذا كله مأخوذ من النهاية الا أن التعليل المذكور لقبول محمد رحمه الله الإبراء عن الاجرة ليس بسديد لانه كما تحققت ضرورة في عدم الانعقاد في جانب المنفعة وهي كون المنافع معدومة كذلك تحققت ضرورة في عدم الانعقاد في جانب الاجرة أيضا وهي اقتضاء عقد المعاوضة المساواة وعن هذا قال المصنف والعقد معاوضة ومن قضيتها المساواة فمن ضرورة التراخي في جانب المنفعة التراخي في البدل الا آخر فلا وجه لقوله ولا ضرورة في الاجرة فظهر الانعقاد في حقه على أن ذلك التعليل لا يمتشي أصلا فيما اذا كانت الاجرة منفعة أيضا من خلاف جنس المعقود عليه فانه صحيح بالاجماع على ما صرح به في عامة المعتبرات مع أن كلامنا من البدلين معدوم هناك قطعاً فلا فرق في الجانبين أصلاً كما لا يخفى وأورد بعض الفضلاء على قوله فظهر الانعقاد بوجه آخر حيث قال ان أراد الانعقاد في حق الحكم فليس بمنعقد في حق الحكم باجماع علما شأنا وان أراد غيره فليبين على أنه مخالف لما سبق في كتاب الاقرار من أن قوله أبرأني اقرار بالمال المدعى فليتامل انتهى كلامه (أقول) قد أخذنا من ابراء من البدائع وأنه ساقط أما بيان أخذه من البدائع فلأن صاحب البدائع ذكر لقول محمد في جواز الإبراء عن الاجرة وجهين وأجاب عن الثاني بما ذكره ذلك القائل ههنا حيث قال وجه قول محمد أن الإبراء لا يصح الا بالقبول فاذا قبل المستأجر فقد قصد صحة تصرفهما ولا صحة الا بالملك فثبت الملك بمقتضى التصرف صحيحا له كما في قول الرجل لغيره أعنتك عبدك غنى على ألف درهم فقال أعنتك ولان الإبراء ساقط واسقاط الحق بعد سبب الوجوب جائز كالعقود عن القصاص بعد الجرح قبل الموت وسبب الوجوب ههنا موجود وهو العقد المنعقد والجواب أنه ان كان يعني بالانعقاد الانعقاد في حق الحكم فهو غير منعقد في حق الحكم بلا خلاف بين أصحابنا وان كان يعني به شيئا آخر فهو غير معقول الى هنا لفظ البدائع وأما بيان أنه ساقط فلانه يجوز أن يراد بالانعقاد الانعقاد في حق المتعاقدين لا في حق الحكم كما أفصح عنه صاحب المحيط حيث قال ومعنى جواز الاجارة على مذهبنا انعقاد العقد فيما بين المتعاقدين وهو الدرجة الاولى وانعقاده في حق الحكم وهو الدرجة الثانية وقال ألا ترى أن البيع بشرط الخيار ينقد فيما بين المتعاقدين ولا يفسد الحكم في الحال ثم فسر انعقاد العقد في حق المتعاقدين وانعقاده في حق الحكم بما لا مزيد عليه ومن يطلب ذلك فليراجع محله وهو آخر الفصل الاول من اجارات المحيط البرهاني وأما ما ذكره ذلك المورد في علاوة

(قوله واذا قبض المستأجر الدار) لبيان أن التمكن من الاستيفاء يقوم مقام الاستيفاء لا يقال فعله في هذا كان الواجب أن يقول بأحد معان أربعة وأن يقول باستيفاء العقود عليه أو بالتمكن منه لأن الأصل هو الاستيفاء والتمكن منه يقوم مقامه أحيانا أو بدل أحد الأقسام لا يكون قسما بذاته فاذا قبض المستأجر باجارة صحيحة ما استأجره ولم يمنع عن استيفاء المنفعة في المدة في المكان الذي وقع العقد فيه مانع ولم يستوفها وجب الاجر لان الواجب على الأجر تسليم العين التي تحدث منها المنفعة في مدة الاجارة في مكان العقد لتسليم عين المنفعة لانه غير متصور فكان تسليم العين قائما مقام تسليم المنفعة فاذا سلم العين فارغة عن متاعه ولم يكن هناك مانع منه أو من الغير أو من أجني سلطان أو غاصب فقد حصل التمكن وترك الاستيفاء بعد ذلك تعطل من جهته وقتصير منه فلا يمنع وجوب الاجر واعتبر القيود فان زال شيء منها زال التمكن فلا يجب الاجر فان لم يسلم العين أو سلمها مشغولة بمتاعه أو سلمها فارغة في غير مدة الاجارة مثل أن يستأجر دابة الى الكوفة في هذا اليوم فذهب اليها بعد مضي (١٥٧) اليوم بالدابة ولم يركبها أو سلمها فارغة فيها في غير مكان العقد

(واذا قبض المستأجر الدار فعليه الاجر وان لم يسكنها) لان تسليم عين المنفعة لا يتصور فأنما تسليم المحل مقامه اذا التمكن من الانتفاع بثبته

من حديث الخافقة لما سبق في كتاب الاقرار فليس يتام أيضا اذا لمخالفة بين المقامين أصلا كما يظهر بالتأمل الصادق * ثم أقول لترك صاحب البدائع قيد المنفعة عند تقرير الوجه الثاني من وجهي قول محمد رحمه الله بقوله وسبب الوجوب ههنا موجود وهو العقد المنعقد بأن اكتفى بقوله وهو العقد لما عني الجواب الذي ذكره بترديد المراد بالانعقاد أصلا وكفى في اثبات قول محمد رحمه الله وكذا لم يتعرض صاحب النهاية والعناية لحديث الانعقاد في جانب الاجرة دون المنفعة بأن اكتفيا بأن يقال ان الإبراء وقع بعد وجود سبب الوجوب وهو العقد فصح كالعفو عن القصاص بعد الخرح كما اكتفى به في بعض الشروح لما ورد عليه ما ذكرناه من تحقق الضرورة في جانب الاجرة أيضا وكفى في اثبات قول محمد وذلك لان العقد نفسه وهو الايجاب والقبول الصادران من المتعاقدين مضافين الى محل المنفعة وهو الدار مثلا موطأ أحدهما بالآخر كاف في السببية ولا حاجة الى اعتبار انعقاده في مرتبة السببية فان الانعقاد حكم الشرع ثبت وصفه شرعا والعلل الشرعية مغايرة للعلل العقلية في جواز انفكاكها عن معلولاتها فجاز أن يقال العقد وجدوا لان انعقاد تراخي الى وجود المنافع ساعة فساعة وهذا هو رأي بعض مشايخنا في تفسير قول أئمتنا ان عقد الاجارة ينقذ ساعة فساعة على حسب حدوث المنافع كما ذكر صاحب الغاية في صدر هذا الكتاب ونقلناه عنه هناك نعم يجوز أن يعتبر للعقد انعقاد قبل حدوث المنافع بمعنى الانعقاد في حق المتعاقدين دون الانعقاد في حق الحكم كما ذكره صاحب المحيط ونقلناه عنه فيما مر أنفالكنا الأسلم في توجيه قول محمد ههنا هو الطريقة الأخرى تأمل ترشد (قوله واذا قبض المستأجر الدار فعليه الاجر وان لم يسكنها) قال في النهاية هذه المسئلة مقيدة بقيود أحدها التمكن من الاستيفاء حتى انه اذا لم يتمكن من الاستيفاء بأن منعه المالك أو الاجني أو سلم الدار مشغولة بمتاعه لا يجب الاجر والثاني أن تكون الاجارة صحيحة فان في الاجارة الفاسدة يشترط لوجوب الاجرة حقيقة الاستيفاء ولا تجب بمجرد تمكن الاستيفاء في المدة والثالث أن

(قوله فاذا قبض الى قوله في المكان الذي وقع العقد فيه الخ) أقول لعل الصواب أن يقول في مكان أضيف اليه العقد فانه اذا استأجر دابة في غير بغداد على أن يركبها في بغداد فسلمها في بغداد وأمسكها فيه يستحق الاجرة بخلاف ما اذا سلمها وأمسكها في غير بغداد الذي هو محل العقد وفي المحيط البرهاني يشترط التمكن من الاستيفاء في المدة التي ورد عليها العقد وفي المكان الذي أضيف اليه العقد فأما اذا لم يتمكن من الاستيفاء أصلا أو تمكن من الاستيفاء في المدة في غير المكان الذي أضيف اليه العقد أو تمكن من الاستيفاء في

المكان الذي أضيف اليه العقد خارج المدة لا يجب الاجر حتى ان من استأجر دابة يوما لاجل الركوب فحبسها المستأجر في منزله ولم يركبها حتى مضى اليوم فان استأجرها للركوب في المصير يجب عليه الاجر لتمكنه من الاستيفاء في المكان الذي أضيف اليه العقد وان استأجرها للركوب خارج المصير الى مكان معلوم لا يجب الاجر اذا حبسها في المصير لعدم تمكنه من استيفاء المنافع في المكان الذي أضيف اليه العقد فاذا ذهب بالدابة الى ذلك المكان في اليوم ولم يركب يجب الاجر لتمكنه من الاستيفاء في المكان الذي أضيف اليه العقد في المدة وان ذهب الى ذلك المكان خارج المصير بعد مضي اليوم بالدابة ولم يركب لا يجب الاجر انتهى (قوله ولم يستوفها وجب الاجر) أقول واذا استوفها وجب بالطريق الأولى (قوله مثل ان يستأجر دابة الى الكوفة الخ) أقول وفيه بحث فان الظاهر ان طابق لسياق كلامه أن يقول وسلمها بعد مضي اليوم فذهب اليها الخ

كن استأجر دابة في غير بغداد الى الكوفة فسلها المؤجر وأمسكها المستأجر ببغداد حتى مضت مدة يمكنه السير فيها الى الكوفة أو سلها فارغة فيها في مكانه لكن مهاجر فاحش يمنع الركوب أو سلها فارغة فيها في مكانه صحيحة لا عذر فيها لكن منعه السلطان أو غصبه غاصب أو لم يكن شيء من ذلك أصلا لكن الاجارة كانت فاسدة فان الاجر في جميع ذلك ليس بواجب مالم يستوف المنفعة لان التقصير حينئذ لم يكن من جهته بل لفوات التمكن من الانتفاع فان قيل كلام المصنف ساكت عن أكثر هذه القيود فوجهه قلت وجهه الاقتصاد للاختصار اعتمادا على دلالة (١٥٨) الحال والعرف فان حال المسلم دالة على أن يباشر العقد الصحيح والفساد

منه يمنع عن الاقدام على الانتفاع وعلى أن العقاد يجب عليه تسليم ما عقد عليه فارغا عما يمنع عن الانتفاع به والعرف فاش في تسليم المعقود عليه في مدة العقد ومكانه فكان معلوما عادة وعلى أن الاكراه والغصب مما يمنع عن الانتفاع فاقصر عن ذكر ذلك اعتمادا عليهما ووجه ودالمنا في بعض المدة والمكان يسقط الاجر بقدره ولو جوب الانتفاع في ذلك القدر قال (ومن استأجر دارا) ذكر هذا لبيان وقت استحقاق مطالبه الاجر والحال لا يحل من أن يكون وقت الاستحقاق مبينا بالعقد أولا فان كان الاول فليس له المطالبة الا اذا تحقق ما اتفق عليه شهرا كان أو أقل أو أكثر لانه بمنزلة التأجيل اذا استحقاق يتحقق عند استيفاء اجرة من المنفعة تحقيقا للساواة والتأجيل يسقط استحقاق

قال (فان غصبها غاصب من يده سقطت الاجرة) لان تسليم المحل انما أقيم مقام تسليم المنفعة للتمكن من الانتفاع فاذا فات التمكن فانتفى التسلیم وانفسخ العقد فسقط الاجر وان وجد الغصب في بعض المدة سقط الاجر بقدره اذا انفساخ في بعضها قال (ومن استأجر دارا فله المؤجر أن يطالبه بأجرة كل يوم) لانه استوفى منفعة مقصودة (الا أن بين وقت الاستحقاق بالعقد) لانه بمنزلة التأجيل (وكذلك اجارة الاراضي) لما بينا (ومن استأجر بعيرا الى مكة فله الجمل أن يطالبه بأجرة كل مرحلة) لان سير كل مرحلة مقصود وكان أبو حنيفة يقول أولا لا يجب الاجر الا بعد انقضاء المدة وانتهاء السفر وهو قول زفر

التمكن من المستأجر يجب أن يكون في المكان الذي وقع العقد في حقه حتى اذا استأجر دابة الى الكوفة فسلها المؤجر وأمسكها المستأجر ببغداد حتى مضت مدة يمكنه السير فيها الى الكوفة فلا أجر عليه وان ساقها معه الى الكوفة ولم يركبها وجب الاجر والرابع أن يكون ممكنا من الاستيفاء في المدة فانه لو استأجر دابة الى الكوفة في هذا اليوم وذهب اليها بعد مضي اليوم بادابة ولم يركب لا يجب الاجر وان تمكن من الاستيفاء في المكان الذي أضيف اليه العقد لا مما منع عن عدم مضي المدة اه وقال صاحب العناية بعد ان بين اعتبار القيود المذكورة بغير رأي آخر فان قيل كلام المصنف ساكت عن أكثر هذه القيود فوجهه قلت وجهه الاقتصاد للاختصار اعتمادا على دلالة الحال والعرف فان حال المسلم دالة على أن يباشر العقد الصحيح والفساد منه يمنع عن الاقدام على الانتفاع وعلى أن العقاد يجب عليه تسليم ما عقد عليه فارغا عما يمنع عن الانتفاع به والعرف فاش في تسليم المعقود عليه في مدة العقد ومكانه فكان معلوما عادة وعلى أن الاكراه والغصب مما يمنع عن الانتفاع فاقصر عن ذكر ذلك اعتمادا عليهما اه كلامه (أقول) في آخر جوابه غلط أما أولا فلا ن قوله وعلى أن الاكراه والغصب مما يمنع عن الانتفاع ان كان معطوفا على قوله على أن يباشر العقد الصحيح أو على قوله وعلى أن العقاد يجب عليه تسليم ما عقد عليه فارغا حتى صار المعنى فان حال المسلم دالة أيضا على أن الاكراه والغصب مما يمنع عن الانتفاع فمع ركاكة هذا المعنى كما لا يخفى يلزم الفصل بين المعطوف والمعطوف عليه بأجنبي وهو قوله والعرف فاش الخ وان كان معطوفا على قوله على دلالة الحال والعرف حتى صار المعنى اعتمادا على دلالة الحال والعرف وعلى دلالة أن الاكراه والغصب مما يمنع عن الانتفاع يلزم أن لا يتم قوله فاقصر عن ذلك اعتمادا عليهما اذ الظاهر أن ضمير عليهما راجع الى الحال والعرف وعلى المعنى المزبور لا تصير علة للاختصار للاختصار هي الاعتماد على الحال والعرف فقط بل تصير علة ذلك هي الاعتماد على الحال والعرف وعلى أن الاكراه والغصب مما يمنع عن الانتفاع وأما ثانيا فلا ن قوله وعلى أن الاكراه والغصب مما يمنع عن الانتفاع يدل على أن الغصب أيضا من القيود المقتصر

المطالبة الى انتهاء الاجل وان كان الثاني فله المؤجر أن يطالبه بأجرة كل يوم لانه استوفى منفعة مقصودة وكذلك اجارة الاراضي (وان استأجر بعيرا الى مكة فله الجمل أن يطالبه بأجرة كل مرحلة لان سير كل مرحلة مقصود) كسكني يوم وهذا قول أبي حنيفة آخر (وكان يقول أولا لا يجب الاجر الا بعد انقضاء المدة وانتهاء السفر وهو قول زفر

(قوله كن استأجر دابة في غير بغداد الى قوله ببغداد الخ) أقول ولو سلها في غير بغداد الذي هو مكان العقد فأمسكها ولم يذهب الى الكوفة لا يجب الاجر أيضا عليهما (قوله وعلى أن الاكراه والغصب مما يمنع عن الانتفاع فاقصر عن ذكر ذلك اعتمادا عليهما) أقول وفيه بحث فان مودة الغصب المذكورة في كلام المصنف (قوله اعتمادا عليهما) أقول ينبغي لالة الحال ودلالة العرف

لان المعقود عليه جلة المنافع في المدة) وما هو جلة في المدة لا تكون مسلمة في بعضها لان اجزاء الاعراض منطبقة على اجزاء الزمان فلا يستحق المؤجر قبل استيفاء جلة المنفعة شيئا كما في المبيع فانه ما لم يسلم جميعه لا يستحق قبض الثمن وصار كما اذا كان المعقود عليه هو العمل كالخياط فان الخياط لا يستحق شيئا من الاجرة وقبل الفراغ كما سيأتي فان قيل قال المصنف (فلا يتوزع الاجر على اجزائها) يعني المنافع وهو خلاف المشهور فان المشهور ان اجزاء العوض تنقسم على اجزاء المعوض وقاس المنافع على العمل وهو فاسد لان شرط القياس المماثلة بين الاصل والعرض وهو منتف لان في المنافع قد استوفى المستأجر بعضها قبل تمامه العوض بقدره ولا كذلك العمل لانه لم يتسلم من الخياط شيئا فالجواب ان اجزاء العوض قد تنقسم على اجزاء المعوض وجوبا وليس الكلام فيه وانما الكلام في استحقاق القبض وفي ذلك لا يتوزع كما في المبيع والتسليم في الخياط وجد تقدير الان عمل الخياط لما اتصل بالثوب كان ذلك تسليما قد راعى ان المصنف لم يلزم صحة دليل القول المرجوع عنه فانه لو كان صحيحا لكان يمكن (١٥٩) الرجوع عنه وجه (وجه القول

الرجوع اليه ان القياس يقتضي استحقاق الاجر ساعة فساعة تحقيقا (للساواة) بين البديلين (الآن المطالبة في كل ساعة تقضي الى ان لا يتفرغ لغيره فيتضرره) بل المطالبة حينئذ تقضي الى عدمه فان المستأجر لم يتمكن من الانتفاع بأمر من جهة المؤجر فتمتنع الانتفاع من جهته فتمتنع المطالبة وما أفضى وجوده الى عدمه فهو منتف (فقد رنا بما ذكرنا) من اليوم في الدار والمرحلة في البعير (وليس للقصار والخياط أن يطالب بأجرة حتى يفرغ من العمل) كله (لان العمل في البعض غير متمتع به فلا يستوجب به الاجر) وهذا يشير الى أنه لو كانا تو بين ففسر عن أحدهما جاز أن يطالب

لان المعقود عليه جلة المنافع في المدة فلا يتوزع الاجر على اجزائها كما اذا كان المعقود عليه العمل ووجه القول المرجوع اليه ان القياس يقتضي استحقاق الاجر ساعة فساعة لتحقيق المساواة الآن المطالبة في كل ساعة تقضي الى ان لا يتفرغ لغيره فيتضرره فقد رنا بما ذكرنا (وليس للقصار والخياط أن يطالب بأجرة حتى يفرغ من العمل) لان العمل في البعض غير متمتع به فلا يستوجب به الاجر وكذا اذا عمل في بيت المستأجر لا يستوجب الاجر قبل الفراغ لما بينا

عن ذكرهما مع ان المصنف ذكر صورة الغصب صراحة كما ترى (قوله لان المعقود عليه جلة المنافع في المدة فلا يتوزع الاجر على اجزائها كما اذا كان المعقود عليه العمل) قال صاحب العناية في شرح هذا المقام لان المعقود عليه جلة المنافع في المدة وما هو جلة في المدة لا تكون مسلمة في بعضها لان اجزاء الاعراض منطبقة على اجزاء الزمان فلا يستحق المؤجر قبل استيفاء جلة المنفعة شيئا كما في المبيع فانه ما لم يسلم جميعه لا يستحق قبض الثمن وصار كما اذا كان المعقود عليه هو العمل كالخياط فان الخياط لا يستحق شيئا من الاجرة قبل الفراغ كما سيأتي اه (أقول) في قوله كما في المبيع فانه ما لم يسلم جميعه لا يستحق قبض الثمن سهو ظاهر اذ قد مر في البيوع انه اذا بيع سلعة بثمن قيل للشري ادفع الثمن أن لا اذا بيع سلعة بثمن قيل له ما سلما معا في الصورة الاولى يستحق قبض الثمن قبل تسليم المبيع وفي صورتين الاخرين يستحق قبض البديلين معا أو أمان لا يستحق قبض الثمن الا بعد تسليم المبيع ثم لم يقل به أحد والى صاحب ههنا ما ذكره صاحب الكافي حيث قال كما في المبيع فانه لا يتوزع وجوب تسليم المبيع على تسليم الثمن بل له حق حبس جلة المبيع ما بقي شيء من الثمن اه (قوله وكذا اذا عمل في بيت المستأجر لا يستوجب الاجر قبل الفراغ لما بينا) قال صاحب النهاية هذا وقع مخالفا لعامة روايات الكتب من المبسوط ومبسوط شيخ الاسلام والذخيرة والمغني وشرح الجامع الصغير ففسر الاسلام وقاضيان والتمرناشي والفوائد الظهيرية فانه ذكر في المبسوط في باب من استأجر أجيرا يعمل له في بيته وقالوا الاستأجر خياطا يخيط له في بيت المستأجر قبضا وخطا بعضه فسر في الثوب فله الاجر بقدر ما خطا فان كل جزء من العمل يصير مسلما الى صاحب الثوب بالفراغ منه ولا يتوقف التسليم في ذلك

أجرته لانه متمتع به (وكذا اذا عمل في بيت المستأجر لا يستوجب الاجر قبل الفراغ لما بينا) أنه غير متمتع به

(قوله فانه ما لم يسلم جميعه لا يستحق قبض الثمن) أقول فيه بحث فانه اذا بيع سلعة بثمن قيل للشري ادفع الثمن أو لا اذا بيع سلعة بثمن قيل له ما سلما معا كما سبق قيل باب خيار الشرط فهذا القول من الشارح له سهو والحق عكس ما ذكره كنف وهو مخالف لما أسلفه نفسه في أول هذا الباب قال في الكافي ثم لم يسلم كله لا يجب تسليم شيء من الاجرة كما في البيع فانه لا يتوزع وجوب تسليم المبيع على تسليم الثمن بل له حق حبس جلة المبيع ما بقي شيء من الثمن انتهى فليتأمل (قوله ولا كذلك العمل لانه لم يتسلم من الخياط شيئا) أقول ما المنافع من أن يكون المقيس عليه الصورة التي تسلم صاحب الثوب من الخياط فوبه الذي خطا بعضه (قوله وجوبا) أقول يعني في الذمة (قوله الا أن المطالبة في كل ساعة تقضي الى ان لا يتفرغ لغيره فيتضرره) أقول وأيضا تعين أجر كل ساعة متعسر بل متعذر (قوله فان المستأجر لم يتمكن من الانتفاع) أقول فيه منع (قوله نقد رنا بما ذكرنا) أقول يعني قد رنا استحضارا

(الآن يشترط التجهيل لما مر أن الشرط فيه لازم) قال في النهاية هذا وقع مخالف العالمين وابات الكتب من المبسوط ومبسوط شيخ الاسلام والذخيرة والمغني وشرح الجامع الصغير لغفر الاسلام وقاضيانا والتمرناتشي والفوائد الظهيرية وذكر عن كل ذلك نقلا يدل على أن من استأجر خياطاً لم يخط له في بيت المستأجر فله الاجر بقدر ما خاظه ونقل عن الذخيرة يجب على المؤجر ايفاء الاجرة بقدر ما استوفى من المنفعة اذا كانت له حصة معلومة (١٦٠) من الاجر كما في الجمال ثم قال ولكن نقل في التجريد أن الحكم قد ذكر فيه كما ذكر في

الكتاب فيجوز أن المصنف تبع صاحب النجاشي بدأ بالفضل الكرماني في هذا الحكم وأقول كلام صاحب الذخيرة على ما نقله يدل على أن استحقاق بعض الاجرة انما هو اذا كان له حصة معلومة وأرى أن ذلك انما يكون اذا عين الكل جزء حصة معلومة اذ ليس للكم مثلاً أو للبدن أو للذوائل حصة معلومة من كل الثوب عادة فلم تكن الحصة معلومة الا بتعيين ما وحينئذ يصير كل جزء بمنزلة ثوب على حدة بأجرة معلومة من كل الثوب قد فرغ من عمله فيستوجب أجرة كافي كل الثوب ولعل هذا معتمد المصنف رحمه الله

(قوله قال في النهاية هذا وقع مخالف العالمين روايات الكتب الى قوله ولكن نقل من التجريد الخ) أقول ورواية تحفة الفقهاء موافق ما ذكره المصنف أيضاً حيث قال وعلى هذا الخياط يخط له في منزله فيصاف فان خاظه بعضه لم يكن له أجر لان هذا العمل

قال (الآن يشترط التجهيل) لما مر أن الشرط فيه لازم

الجزء على حصول كمال المقصود وذكر في الفصل الثاني من الذخيرة وفي الاجارة التي تنعقد على العمل ويبقى له أثر في العين لا يجب عليه أيضاً الاجر الا بعد ايفاء العمل كله الآن يكون العمل للخياط والصباغ في بيت صاحب المال حينئذ يكون الجواب فيه كالجواب في الجمال على قوله الاخر يجب على المؤجر ايفاء الاجر بقدر ما استوفى من المنفعة اذا كان له حصة معلومة من الاجر كما في الجمال وذكر الامام قاضيانا ولهذا لو استأجر خياطاً لم يخط له في منزله كساعة لعل لا يستحق الاجرة بقدره وهكذا أيضاً في غيرها ولكن نقل في التجريد أن الحكم قد ذكر فيه كما ذكر في الكتاب فيجوز أن المصنف تبع صاحب التجريد بدأ بالفضل الكرماني في هذا الحكم والله سبحانه وتعالى أعلم بما هو الحق عنده الى هنا فقط صاحب النهاية وقال صاحب العناية بعد نقل ما في النهاية وأقول كلام صاحب الذخيرة على ما نقله يدل على أن استحقاق بعض الاجرة انما هو اذا كان له حصة معلومة وأرى أن ذلك انما يكون اذا عين الكل جزء حصة معلومة اذ ليس للكم مثلاً أو للبدن (١) أو للذوائل حصة معلومة من كل الثوب عادة فلم تكن الحصة معلومة الا بتعيين ما وحينئذ يصير كل جزء بمنزلة ثوب على حدة بأجرة معلومة قد فرغ من عمله فيستوجب أجرة كافي كل الثوب ولعل هذا معتمد المصنف اه كلامه (أقول) ليس ما نقله بشيء أما ولا فلا نالنا سلم أن ما يدل عليه كلام صاحب الذخيرة من أن استحقاق بعض الاجرة انما هو اذا كان له حصة معلومة انما يكون اذا عين الكل جزء حصة معلومة بل يكون أيضاً اذا كان له حصة معلومة عند أهل الخبرة بتوزيع أجرة الكل على كل جزء منه بدون تعيين المتعاقدين لكل جزء منه حصة معلومة بل هو مراد صاحب الذخيرة كما يستظهر مما سنده كره وقوله اذ ليس للكم أو للبدن أو للذوائل حصة معلومة من كل الثوب عادة ممنوع أيضاً نعم ليس بشيء أيضاً من ذلك حصة معينة في العقد عادة وهذا لا ينافي أن يكون حصة كل منهم معلومة بتوزيع أجرة الكل على الاجزاء كما لا يخفى وأما ثانياً فلا نالنا لو كان مراد صاحب الذخيرة بما اذا كانت له حصة معلومة ما اذا عينه حصة معلومة وصار حينئذ كل جزء بمنزلة ثوب على حدة بأجرة معلومة قد فرغ من عمله فاستوجب أجره كافي كل الثوب لازم أن لا يكون فرق بين ما اذا كان عمل الخياط أو الصباغ في بيت نفسه وبين ما اذا كان عمله في بيت صاحب المال في وجوب ايفاء الاجر اذا لا كلام لاحد في وجوب ايفاء الاجر بعد الفراغ وقد فرق صاحب الذخيرة بينهما ما حيث قال وفي الاجارة التي تنعقد على العمل ويبقى له أثر في العين فانه لا يجب عليه ايفاء الاجر الا بعد ايفاء العمل كله وان كانت حصة ما استوفى معلومة الآن يكون العمل للخياط والصباغ في بيت صاحب المال فيجوز حينئذ يجب على المستأجر ايفاء الاجرة بقدر ما استوفى من المنفعة اذا كانت له حصة معلومة من الاجر كما في الجمال انتهى وأما ثالثاً فلا نالنا معنى لقوله ولعل هذا معتمد المصنف لان ما ذكره المصنف مخالف قطعاً لمنطوق ما في الذخيرة وهو وجوب ايفاء الاجر على المستأجر بقدر

لا يتنفع ببعضه فاذا فرغ منه ثم هلك فله الاجر لانه صار مسلماً للعمل عنده انتهى (قوله وأرى أن ذلك انما يكون اذا عين الخ) أقول فيه بحث (قوله وحينئذ يصير كل جزء بمنزلة ثوب على حدة الخ) أقول ووجه الفرق على هذا بين ذلك وبين ما اذا خاظه في غير بيت المستأجر انما اذا خاظه في بيته يوجب التسليم اذا فرغ من عمل ذلك البعض فيستوجب الاجر بخلاف ما اذا خاظه في غيره وفيه بحث فان استيجاب الاجر بالفراغ لا بالتسليم وجوابه ظاهر فانه لو هلك قبل التسليم لا يستوجب أجراً (١) قوله أو للذوائل هكذا في نسخ التكملة بالمدال المهملة والميم وفي العناية الذوائل بالذال المهملة والهمزة فليصرر اه معجمه

قال (ومن استأجر خباز الخبز) ذكر هذا البيان حكيمين أحدهما أن الاجير المشترك لا يستحق الاجرة حتى يفرغ من عمله وقد علم ذلك من مسئلة الخياط آتقاو الثاني أن فراغ العمل بماذا يكون فاذا استأجر خباز الخبز في بيته فقير دقيق بدرهم لم يستحق الاجرة حتى يخرج الخبز من التنور لان استحقاق الاجرة بتمام العمل وتمام العمل (١٦١) بالانحراج (فلو احترق أو سقط من يده

قبيل الانحراج لأجره لهلاك قبل التسليم) فان قيل خبزه في بيته يمنع أن يخبز لغيره ومن عمل لواحد فهو أجير وحدواستحقاقه الاجرة لا يتوقف على الفراغ من العمل أجيب بأن أجير الواحد من وقع العقد في حقه على المدة كن استؤجر شهر الخدمة وما نحن فيه مستأجر على العمل فكان أجيرا مشتركا توقف استحقاقه على فراغ العمل

قال المصنف (ومن استأجر خبازا لخبزته في بيته الخ) أقول في مبسوط السرخسي وكذلك الرجل يستأجر الخباز لخبزته في بيته دقيقا معلوما بأجر معلوم فخبزه ثم سرق فله الاجر تاما وان سرق قبل أن يفرغ فله من الاجر بحسب ما عمل وان كان يخبز في بيت الخباز لم يكن له من الاجر شيء ولا ضمان عليه فيما سرق في قول أبي حنيفة لانه أجير مشترك فلا يضمن ما هلك في يده بغير فعله انتهى ففيه مخالفة لما ذكره المصنف فتنبه لها وتأمل

قال (ومن استأجر خباز الخبز في بيته فقير من دقيق بدرهم لم يستحق الاجر حتى يخرج الخبز من التنور) لان تمام العمل بالانحراج فلو احترق أو سقط من يده قبل الانحراج فلا أجر له لهلاك قبل التسليم ما استوفى من المنفعة اذا كان العمل في بيته وليس بمطابق أيضا للمفهوم قوله اذا كانت له حصة معلومة من الاجر وهو أن لا يجب عليه أجر أصلا اذ لم يكن لما استوفى من المنفعة حصة معلومة من الاجر لان منلول كلام المصنف أن لا يجب عليه الاجر مطلقا أي سواء كانت له حصة معلومة من الاجر أو لا فانه قال وكذا اذا عمل في بيت المستأجر لا يستوجب الاجر قبل الفراغ وكان فيما اذا عمل في غير بيت المستأجر لا يجب الاجر مطلقا قبل الفراغ بخلاف فدل قوله وكذا اذا عمل في بيت المستأجر لا يستوجب الاجر قبل الفراغ بخلاف على أن لا يجب عليه الاجر مطلقا قبل الفراغ فيما اذا عمل في بيته أيضا ولانه قال لما بينا وما رآه على ما صرح به الشراح فاطبة هو قوله لان العمل في البعض غير منتفع به ولا شئ ان ذلك يقتضي أن لا يستوجب الاجر قبل الفراغ مطلقا فاني يصلح ما في الذخيرة لأن يكون معتمد المصنف في كلامه المذكور ولم يرد أن جملة ما ذكره صاحب العناية ههنا وهو محض فكيف ينبغي أن يصار الى مثله في توجيه كلام المصنف وهو علم التحقيق وعالم التدقيق ثم ان بعض الفضلاء كأنه قصد دفع الوجه الثاني من الوجوه الثلاثة التي ذكرناها آنفا لاختلال رأى الشارح المزبور ههنا حيث قال في حاشيته على قول ذلك الشارح وحينئذ يصير كل جزء بمنزلة ثوب على حدة الخ وجه الفرق على ههنا بين ذلك وبين ما اذا خاط في غير بيت المستأجر أنه اذا خاط في بيته بوجد التسليم اذا فرغ من عمل ذلك البعض فيستوجب الاجر بخلاف ما اذا خاط في غيره وقال فيه بحث فان استيجاب الاجر بالفراغ لا بالتسليم ثم قال وجوابه ظاهر فانه لو هلك قبل التسليم لا يستوجب اجرا اه كلامه (أقول) جوابه عن بحته ليس بنام اذ لا شئ أن استيجاب الاجر يتحقق بالفراغ ولهذا الوجهين الخياط أو الصباغ الثوب بعد الفراغ من العمل وقال لا أعطيك حتى تعطيني الاجر فله ذلك عند اثنتي عشرة سنة كان للبائع أن يحبس المبيع لقبض الثمن صرح بذلك في الذخيرة وعامة المعقبات وسيأتي في الكتاب الا أنه لو هلك المتاع قبل تسليم الخياط أو الصباغ اياه الى صاحبه ولو بعد الفراغ من العمل سقط الاجر كما أنه لو هلك المبيع قبل تسليم البائع اياه الى المشتري سقط الثمن فكان ابتداء تحقيق استيجاب الاجر في استنجار نحو القصار والخياط بالفراغ من العمل وان كان بقاءه وتفرره بتسليم المتاع الى صاحبه كما ان ابتداء تحقيق استحقاق الثمن في المبيع بتمام العقد وان كان بقاءه وتفرره بتسليم المبيع الى المشتري والكلام ههنا في ابتداء تحقيق استيجاب الاجر وهذا قال في الكتاب وليس للقصار والخياط أن يطالب بالجرة حتى يفرغ من العمل ولم يقل حتى يسلم المتاع الى صاحبه فلا بد في اندفاع الوجه الثاني من الوجوه التي أوردناها على رأى صاحب العناية من ثبوت الفرق بين ما اذا عمل في بيت المستأجر وبين ما اذا عمل في غير بيته من جهة تحقيق الفراغ من العمل وعدم تحققه وليس فليس فتأمل ترشد (قوله ومن استأجر خبازا لخبزته في بيته فقير من دقيق بدرهم لم يستحق الاجر حتى يخرج الخبز من التنور) قال في العناية ذكر هذا بيان حكيمين أحدهما أن الاجير المشترك لا يستحق الاجرة حتى يفرغ من عمله وقد علم ذلك من مسئلة

(٢١ - تكلمه سابع) في دفعها فانه يجوز أن يكون المراد من قوله قبل أن يفرغ ما اذا خبز بعض الدقيق كنصفه مثلا تاما ولم يخبز البعض الآخر (قوله أحدهما ان الاجير المشترك لا يستحق الاجر الخ) أقول الجمال أجير مشترك ويستحق الاجرة قبل الفراغ من عمله الآن يجعل قطع كل مرحلة عملا على حدة (قوله وما نحن فيه مستأجر على العمل الخ) أقول اما اذا استأجر خبازا يوما لخبزته في بيته فانه أجير وحد فيستوجب الاجر بتسليم النفس ولا يتوقف على الفراغ من العمل

(فان أخرجه من التنوير ثم احترق من غير فعله فله الاجر) لان عمله تم بالاخراج والتسليم وجد بالوضع في بيته (ولا ضمان عليه لانه لم توجد منه جناية فوجبه) قال المصنف رحمه الله (وهذا) أي قوله لا ضمان عليه (عند أبي حنيفة لانه أمانة في يده) ولا ضمان على الامين (وعندهما يضمن) لان العدين مضمون عليه كالمضروب على الغاصب (ولا يبرأ الا بحقيقة التسليم) والوضع في بيته ليس كذلك ثم اذا وجب الضمان كان صاحب الدقيق بالخيار ان شاء ضمنه مثل دقيقه ولا أجر له وان شاء ضمنه الخبز وأعطاه الاجر ولا ضمان عليه في الحطب والمخ عندده ما لان ذلك صار مستحكما قبل وجوب الضمان عليه وحال وجوبه مادام لا قيمة له قال في النهاية هذا الذي ذكره من الاختلاف اختيار القدوري وأما عند غيره فهو مجرى على عومه بأنه لا ضمان بالاتفاق أما عنده فلا نه لم يملك من عمله وأما على قوله ما فلا نه هلك بعد التسليم وهذا يتم ان كان الوضع في بيته تسليما (ومن استأجر طبيا خالط طبعه طعام ونعمة فعليه تفريغه الى القصاص) لانه من تمام عمله عرفا وان استؤجر في طبخ فدر خاصة فليس عليه الغرق (ومن استأجر انسانا ليضربه لبنا استحق الاجر عند أبي حنيفة باقامتها) فان أنفسه المطر قبل ذلك أو أنكسر فلا أجر له (١٦٣) لا يصير مسلما لم يصير لبنا وما دام على الارض لم يصير لبنا (وقالا لا يستحقه حتى يشرجه)

(فان أخرجه ثم احترق من غير فعله فله الاجر) لانه صار مسلما اليه بالوضع في بيته ولا ضمان عليه لانه لم توجد منه الجناية قال وهذا عند أبي حنيفة لانه أمانة في يده وعندهما يضمن مثل دقيقه ولا أجر له لانه مضمون عليه فلا يبرأ الا بعد حقيقة التسليم وان شاء ضمنه الخبز وأعطاه الاجر قال (ومن استأجر طبيا خالط طبعه طعاما لوليمة فالغرق عليه) اعتبارا للعرف قال (ومن استأجر انسانا ليضربه لبنا استحق الاجر اذا أقامها عنده أبي حنيفة وقال لا يستحقه حتى يشرجها) لان التشرية من تمام عمله اذا لا يؤمن من الفساد قبله فصار كخراج الخبز من التنوير لان الاجر هو الذي يتولاه عرفا وهو المعتبر فيما لم ينص عليه ولا يبي حنيفة أن العمل قد تم بالاقامة والتشريع عمل زائد كالنقل ألا ترى أنه ينتفع به قبل التشرية بالنقل الى موضع العمل بخلاف ما قبل الاقامة لانه طين منتشر وبخلاف الخبز لانه غير منتفع به قبل الاخراج قال (وكل صانع لعمله أثر في العين كالعصار والصباغ فله أن يحبس العين حتى يستوفي الأجر لان المعقود عليه وصف قائم في الثوب وهو المعقود عليه جاز حبه لاستيفاء البديل كما في البيع فالوصف القائم في الثوب جاز حبه لاستيفاء البديل والوصف لا ينقل عن العين فجاز حبه لذلك فان قيل فعلى هذا التقرير يكون حبس العين ضروريا فلا يتعدى الى عدم الضمان ولو حبسه فضاغ لا ضمان عليه

أي ينفذه بضم بعضه الى بعض (لان التشرية من تمام عمله) عرفا وباقي كلامه ظاهر قال (وكل صانع لعمله أثر في العين كالعصار والصباغ فله أن يحبس العين حتى يستوفي الأجر لان المعقود عليه وصف قائم في الثوب وهو المعقود عليه جاز حبه لاستيفاء البديل كما في البيع فالوصف القائم في الثوب جاز حبه لاستيفاء البديل والوصف لا ينقل عن العين فجاز حبه لذلك فان قيل فعلى هذا التقرير يكون حبس العين ضروريا فلا يتعدى الى عدم الضمان ولو حبسه فضاغ لا ضمان عليه

ان خطا آنفا والثاني ان فراغ العمل بماذا يكون اه (أقول) فيه شيء وهو انه اذا علم من مسئلة الخطا آنفا أن الاجر المشترك لا يستحق الاجرة حتى يفرغ من عمله يصير بيان ذلك ههنا تحصيل الحاصل ولا ينبغي أن يقصده العاقل فالوجه أن المقصود من ذكر هذه المسئلة انما هو بيان الحكم الثاني وهو أن الفراغ من العمل في الخبز بماذا يكون ويرشد اليه أنه قال لم يستحق الاجر حتى يخرج الخبز من

فالجواب ما أشار اليه بقوله لانه غير متعد يعني ان الضمان لا يلزم الا على المتعدي وهو غير متعد فلا يلزمه الضمان التنوير لكنه لا أجر له لالهلاك المعقود عليه قبل التسليم وعند أبي يوسف ومحمد العين كانت مضمونة عليه قبل الحبس فكذا بعده لكنه بالخيار ان شاء ضمنه قيمته غير معمول ولا أجر له وان شاء ضمنه معمول ولا أجر له وسند كره في باب ضمان الاخير

قال المصنف (فان أخرجه ثم احترق من غير فعله فله الاجر) أقول في الوفاة وان احترق بعد ما أخرج فله الاجر وقبلة لا ولا غرم فيهما وقال صدر الشريعة أي في الاحتراق قبل الاخراج وبعد الاخراج وقال صاحب الدرر والقررفيه بحث أما أولا فلا نه مخالف لما في شروح الهداية ان فيما قبل الاخراج غرما حتى قال في غاية البيان انما قيد بعدم الضمان في صورة الاحتراق بعد الاخراج من التنوير لانه اذا احترق قبل الاخراج فعليه الضمان في قول أصحابنا جميعا وأما ثانيا فلا نه مخالف للساعدة المقردة الا في ذكرها من ان الاجر المشترك يضمن ما تلف به لانه انتهى كلامه قال المصنف (لانه مضمون عليه) أقول تعليل لقوله يضمن بملاحظة تعلقه بالمفعول قال المصنف (الآ ترى أنه ينتفع به) أقول فيه اشارة الى الجواب عن دليله ما الثاني يعني أن العرف مشترك فكأنه قديت ولاه فقد ينقل من موضع العمل قبل التشرية وفي القاموس التشرية مع ضد اللبن

وكل صانع ليس لعمله أثر في العين كالجمال بالماء والجيم فليس له أن يحبس له المعقود عليه نفس العمل وهو غير قائم في العين بل انما هو قائم بالعامل أو بعينه له والحبس فيه غير متصور وغسل الثوب نظير الحمل يعني اذا لم يكن ثمة من النشا وغيره سوى ازالة الوسخ بالماء وأما اذا كان فهي مسئلة القصار وهذا مختار بعض المشايخ واختاره المصنف رحمه الله وذكري السبوط وجامع قاضيان أن احداث البياض في الثوب بازالة الدرن بمنزلة عمل له أثر في العين فيل وهو الاصح لان البياض كان مستترا وقد ظهر بفعله (قوله وهذا بخلاف الآتي) جواب عما يقال الآتي اذ اردت انسان كان له حق الحبس وان لم يكن لعمله أثر في العين قائم ووجهه ان الآتي كان على شرف الهلاك وقد احياء برده فكأنه باع منه فله حق الحبس (وهذا الذي ذكرنا) يعني حق الحبس للصانع بالاجر فيما اذا كان لعمله أثر هو (مذهب العلماء الثلاثة وقال زفر) قيل هو مذهب الشافعي رحمه الله (ليس له حق الحبس في الوجهين) يعني في الذي لعمله فيه أثر وفيما لم يكن (لانه وقع التسليم باتصال المعقود عليه بملكه) والسلم الى صاحبه لا يتصور حبسه كالموكل في بيت الصاحب وال جواب (ان الاتصال بالمحل ضرورة فامة العمل) وذلك جهة غير التسليم فلا يلزم من ذلك الرضا بالاتصال من حيث التسليم (فلا يسقط حق الحبس) ونظير ذلك الوكيل اذا نقد الثمن من ماله وقبض المبيع كان له أن يحبس (١٦٣) وقد تقدم فصار قد قبض المشتري

المبيع بغير رضا البائع فان للبائع أن يحبس وأن يسلمه المشتري لكونه بغير رضاه قال (واذا شرط على الصانع أن يعمل بنفسه الخ) واذا شرط على الصانع أن يعمل بنفسه نقل عن جسد الدين الضرر رحمه الله هو مثل أن يقول أن تعمل بنفسك أو ببدلك مثلا واليه أشار المصنف رحمه الله بقوله أن يعمل بنفسه فليس له أن يستعمل غيره لان المعقود عليه البن من محل بعينه فيستحق عينه كالنفعة في محل بعينه كأن استأجر دابة

قال (وكل صانع ليس لعمله أثر في العين فليس له أن يحبس العين لاجر كالجمال والملاح) لان المعقود عليه نفس العمل وهو غير قائم في العين فلا يتصور حبسه فليس له ولاية الحبس وغسل الثوب نظير الحمل وهذا بخلاف الآتي حيث يكون لراد حق حبسه لاستيقاء الجمل ولا أثر لعمله لانه كان على شرف الهلاك وقد احياء فكأنه باع منه فله حق الحبس وهذا الذي ذكرنا مذهب علماء الثلاثة وقال زفر ليس له حق الحبس في الوجهين لانه وقع التسليم باتصال المبيع بملكه فيسقط حق الحبس ولنا أن الاتصال بالمحل ضرورة فامة تسليم العمل فلم يكن هو راضيا به من حيث انه تسليم فلا يسقط حق الحبس كما اذا قبض المشتري بغير رضا البائع قال (واذا شرط على الصانع أن يعمل بنفسه ليس له أن يستعمل غيره) لان المعقود عليه العمل في محل بعينه فيستحق عينه كالنفعة في محل بعينه (وان أطلق له العمل فله أن يستأجر من يعمل له) لان المستحق عمل في ذمته ويمكن ايقاؤه بنفسه وبلاستعانة بغيره بمنزلة ايفاء الدين (فصل) (ومن استأجر رجلا ليلذهب الى البصرة فيجيء ببعاله فذهب فوجد بعضهم قد مات فجاء عن بقى فله الاجر بحسابه) لانه أوفى بعض المعقود عليه فيستحق العوض بقدره ومراة اذا كانوا معاومين (وان استأجره ليلذهب بكتابه الى فلان بالبصرة فيجيء بمجوابه فذهب فوجد فلانا ميتا فرد له فله الاجر له)

التنوير ولم يقل حتى يفرغ من العمل باخراج الخبر من التنوير ولو كان مراده بيان الحكمين معالفاً هكذا تدبر

بعين الحمل فانه ليس لأو جران يسلم غيرهما وفيه تأمل لانه ان خالفه الى خير بأن استعمل من هو أصنع منه في ذلك الفن أو سلم دابة أقوى من ذلك كان ينبغي أن يجوز وان أطلق العمل له فله أن يستأجر من يعمل له لان المستحق العمل ويمكن ايقاؤه بنفسه وبلاستعانة بغيره بمنزلة ايفاء الدين والله أعلم

(فصل) لما ذكر استحقاق تمام الاجر ذكر في هذا الفصل عدم استحقاق تمام الاجر أو بعضه وعقبه لاصل الباب لان استحقاق تمام الاجر هو الاصل والنقصان لعرض (ومن استأجر رجلا ليلذهب الى البصرة فيجيء ببعاله فذهب فوجد بعضهم ميتا فجاء بالباقي) فاما ان يكون على جماعة معلوم العدد أو لا فان كان الثاني استحق جميع الاجرة وان كان الاول (فله الاجر بحسابه لانه أوفى بعض المعقود عليه فيستحق العوض بقدره) وهو اختيار الفقيه أبي جعفر الهذلي واختاره المصنف واليه أشار بقوله (ومراة) يعني القدوري رحمه الله (اذا كانوا معلومين وان استأجره ليلذهب بكتابه الى فلان بالبصرة ويأتي بالجواب فذهب فوجد ميتا) فاما ان يرد الكتاب أو لا فان كان الثاني استحق أجر الذهاب بالاجماع وان كان الاول (فلا أجر له)

(فصل) ومن استأجر رجلا قال المصنف (ومراة اذا كانوا الخ) أقول في البرازية وان لم يكونوا معلومين فالاجرة فاسدة وفي الدرر والغرر وان لم يكن عياله معلومين فله كل الاجر فتأمل فانه لا مخالفة كما يستضح في الدرس الآتي من العناية

عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمه الله وقال محمد رحمه الله له أجر الذهاب (وهذا بناء على أن المعقود عليه قطع المسافة أو نقل الكتاب وقع عند محمد رحمه الله أنه قطع المسافة لأن المشقة فيه دون نقل الكتاب وقد أوفى بعض المعقود عليه بذهابه فيستحق الأجر المقابل له ووقع عندهما أنه نقل الكتاب لأنه المقصود أو وسيلة إلى المقصود وهو علم ما في الكتاب وقد نقضه برده فيسقط الأجر كما إذا استأجره ليذهب بطعام إلى فلان بالبصرة فذهب به ووجدته ميتة فردته فله أجره بالانقضاء تقسيم المعقود عليه وهو جعل الطعام وليس بتأهض على محمد لأن المعقود عليه في مسألة الكتاب عنده قطع المسافة ولم ينقض ما قطعه منها والله أعلم

باب ما يجوز من الاجارة وما يكون خلافا فيها

لما فرغ من ذكر الاجارة (١٦٤) وشرطها ووقت استحقات الاجرة ذكرها ما يجوز من الاجارة باطلاق اللفظ

هذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد له الأجر في الذهاب لأنه أوفى بعض المعقود عليه وهو قطع المسافة وهذا لأن الأجر مقابل به لما فيه من المشقة دون حمل الكتاب نظفة مؤنته وإهما أن المعقود عليه نقل الكتاب لأنه المقصود أو وسيلة إليه وهو العلم بما في الكتاب ولكن الحكم معلق به وقد نقضه فيسقط الأجر كافي الطعام وهي المسئلة التي تلي هذه المسئلة (وان ترك الكتاب في ذلك المكان وعاد يستحق الأجر بالذهاب بالاجماع) لأن الحمل لم ينقض (وان استأجره ليذهب بطعام إلى فلان بالبصرة فذهب فوجد فلان ميتة فردته فلا أجر له في قولهم جميعا) لأنه نقض تقسيم المعقود عليه وهو جعل الطعام بخلاف مسألة الكتاب على قول محمد لأن المعقود عليه هناك قطع المسافة على ما مر

باب ما يجوز من الاجارة وما يكون خلافا فيها

قال (و يجوز استئجار الدور والحوانيت للسكنى وان لم يبين ما يعمل فيها)

باب ما يجوز من الاجارة وما يكون خلافا فيها

قال في النهاية ومعراج الدراية لما ذكره من اجارة كرفي هذا الباب ما هو المقصود منها وهو بيان ما يجوز من اجارة وما لا يجوز منها انتهى (أقول) فيه نوع خلل لأنه لم يذكر في هذا الباب ما لا يجوز من الاجارة وانما ذكر ذلك في باب آخر أت عقب هذا الباب وهو باب الاجارة الفاسدة بل انما ذكر في هذا الباب ما يجوز من الاجارة وما يكون خلافا فيه من المستأجر للتوجير كما وقع في عنوان الباب وقال في غاية البيان والعناية لما فرغ من ذكر الاجارة وشرطها ووقت استحقات الاجرة ذكر هنا ما يجوز من الاجارة باطلاق اللفظ وتقييده وذكرايضاً من الافعال ما بعد خلافاً من الاجير للتوجير وما لا بعد خلافاً انتهى (أقول) فيه أيضاً ثلث فتاوى: قوله ويجوز استئجار الدور والحوانيت للسكنى وان لم يبين ما يعمل فيها) قال تاج الشريعة قوله للسكنى صلة الدور والحوانيت لاصلة الاستئجار يعني ويجوز استئجار الدور والحوانيت المعدة للسكنى لأن يقول زمان العقد استأجرت هذه الدار للسكنى لأنه لو نص هكذا وقت العقد لا يكون له أن يعمل فيها غير السكنى والتعليل يدل على ما ذكرته انتهى كلامه ومال أكثر الشراح إلى سنده في تصوير هذه المسئلة غير أن صاحب الغاية بعد أن ذكر ذلك المعنى وصححه قال ويجوز أن يتعلق قوله للسكنى بالاستئجار أي يجوز استئجار الدور والحوانيت لأجل السكنى وان لم يبين ما يعمل فيها وله أن يعمل كل شيء لا يوهن البناء ولا يفسده وهو الظاهر من كلام القدوري إلى هنا كلامه

وتقييده وذكرايضاً من الافعال ما بعد خلافاً من الاجير للتوجير وما لا بعد خلافاً قال (ويجوز استئجار الدور والحوانيت للسكنى الخ) قبل صورة المسئلة أن يقول استأجرت هذه الدار شهراً بكذا ولم يبين ما يعمل فيه من السكنى وغيره فذلك جائز وينصرف إلى السكنى وان لم يبين

باب ما يجوز من الاجارة وما يكون خلافا فيها

(قوله باب ما يجوز من الاجارة) أقول لعل المراد باب تفصيل ما يجوز من الاجارة فيمنضج وجهه التأخير لأن التفصيل بعد الاجمال فليتمم قال المصنف (ويجوز استئجار الدور والحوانيت) أقول في الفصل الحادي عشر

(أقول)

من اجارات المحيط البرهاني في فتاوى أبي الليث اذا آجرت المرأة دارها

من زوجها وسكنها جميعاً فلا أجر لها قال وهو بمنزلة استئجارها لتطبخ أو لتخبز هكذا ذكرنا انتهى قبل في المعنى ان التسليم شرط الصحة الاجارة ولو جوب الأجر وسكنها معه منع التسليم والحكم بمنوع والعلة مردودة والقياس على استئجارها للطبخ والخبز لا يصح لأن الطبخ والخبز مستحق علمه اديانه ان لم يكن مستحقاً عليها حكماً اما اسكان الزوج في منزلها غير مستحق علمه اديانه ولا حكم وقوله بأن سكنها مع الزوج يمنع التسليم قلنا لا يمنع لانها تابعة للزوج في السكنى كالفصل في الهبة (قوله للسكنى) أقول حال من الدور والحوانيت أي كائنين معدتين للسكنى

لان العمل المتعارف فيها السكنى فينصرف اليه وانه لا يتفاوت فصم العقد

(أقول) فيما قال تاج الشريعة كلام أما أولاً فلانه لو كان قوله للسكنى صلة الدور والحوانيت وكان المعنى ويجوز استئجار الدور والحوانيت المعدة للسكنى لم يظهر للتقييد بقوله للسكنى فائدة أصلاً لانه اما ان يقصد به الاحتراز عن الدور والحوانيت الغير المعدة للسكنى أو يقصد به مجرد بيان حال الدور والحوانيت بأنها معدة للسكنى فان كان الاول فمع عدم تحقق دار أو حانوت لم يعد للسكنى في الخارج لم يصح الاحتراز اذا الظاهر ان الحكم في استئجار كل دار أو حانوت ماذ كرى الكتاب وهو الجواز وان كان الثاني فهو من قبيل المغوفان كون الدور والحوانيت مما يعد للسكنى غنى عن البيان غير خفى على أحد وأما ثانياً فلان قوله لو نص هكذا وقت العقد لا يكون له أن يعمل فيها غير السكنى ممنوع لانه لو نص وقت العقد على استئجار الدور والحوانيت لاجل السكنى وعمل فيها غير السكنى مما هو أنفع للبناء من السكنى ينبغي أن يجوز لان التقييد فيما لا يتفاوت غير معتبر على ما صرحوا به ولهذا اذا شرط سكنى واحد فله أن يسكن غيره كما سأتى في الكتاب ففيها هو أنفع مما شرط وقت العقد أولى أن لا يعتبر التقييد ثم الانصاف أنه لو لم يقع في عبارة مختصر القصد دورى قيد للسكنى في وضع هذه المسئلة كالم يقع في عبارة عامة معتبرات المتون لكان أولى وأحسن كما لا يخفى (قوله لان العمل المتعارف فيها السكنى فينصرف اليه) ورد عليه صاحب الاصلاح والايضاح كارد على صدر الشريعة حيث قال لان العمل المتعارف فيه السكنى فينصرف اليه لا يتفاوت فصم العقد لانه لا ينظمه قوله انه أن يعمل كل شئ سوى موهن البناء بل لان الأصل أن كل عمل لا يضر البناء يستحقه بطلاق العقد انتهى كلامه (أقول) ليس شئ من شطرى كلامه بسديد أما شرطه الاول فلان مراد المصنف وغيره أن العرف يصرف مطلق العمل الى السكنى وبعد ذلك تبقى أعمال السكنى على اطلاقها فله أن يعمل كل شئ منها لهذا الاطلاق سوى ما يوهن البناء لتحقيق الضرر الظاهر فيه ولا منافاة بين القول بصرف العرف مطلق العمل الى أعمال السكنى وبين القول بأنه أن يعمل كل شئ من أعمال السكنى لا إطلاق عمل السكنى نظر الى أنواعه وأصنافه وعدم التفاوت فيه فلا غبار في التعليل الذي ذكره المصنف وغيره وأما شرطه الثاني فلانه لو كان الأصل أن كل عمل لا يضر البناء يستحقه مستأجر الدور والحوانيت بطلاق العقد بدون المصير الى أن المتعارف فيه هو السكنى لزم أن يستحق العمل الذي ليس من جنس السكنى أيضاً ولم يقل به أحد بل صرحوا في عامة المعبرات بأنه مصروف بالعرف الى عمل السكنى وهو لا يتفاوت فيصم العقد من غير بيان وقالوا ان هذا استحسان وفي القياس لا يصح لان مطلق العمل والانتفاع يتناول عمل السكنى وغيره فيتفاوت فلا يكون بدمن البيان لجهالة المفضية الى النزاع كما في استئجار الاراضى للزراعة (قوله وانه لا يتفاوت فصم العقد) قال صاحب العناية هذا جواب عما عسى أن يقال سلمنا ان السكنى متعارف ولكن قد تتفاوت السكان فلا بد من بيانه وقال بعض الفضلاء لا مساس لهذا السؤال بالمقام اذا الكلام في عدم وجوب بيان ما يعمل فيها الا في بيان من يسكن انتهى (أقول) لعل لفظ السكان في كلام صاحب العناية وقع سهواً من الكاتب بدلا من لفظ السكنى فحينئذ مساس السؤال بالمقام ظاهر وأما على ما وقع في النسخ المشهورة فالمراد لكن قد تتفاوت السكنى بتفاوت السكان في العمل فلا بد من بيان ما يعمل فيها ولما كان تفاوت السكان في العمل سبباً لتفاوت نفس العمل الذي هو السكنى اكتفى بذلك تفاوت السكان قصراً للمسافة ويرشد اليه قوله ووجهه يعني وجهه الجواب ان السكنى لا تتفاوت وما لا يتفاوت لا يشتمل على ما يفسد العقد فيصم انتهى حيث قال ان السكنى لا تتفاوت ولم يقل ان السكان لا يتفاوتون تدبر ترشد وقال الشارح العيني وفي بعض النسخ ولانه لا يتفاوت وهكذا صححه صاحب العناية ولهذا قال هذا

لان العمل المتعارف فيها هو
السكنى وبه يسمى مسكناً
وفي القياس لا يجوز لان
المقصود من الدور والحوانيت
الانتفاع وهو متنوع
فوجب أن لا يجوز ما لم يبين
شئ من ذلك ووجهه
الاستحسان أن المعروف
كالمشروط نصاً فيعرف
اليه (قوله ولانه لا يتفاوت)
جواب عما عسى أن يقال
سلمنا ان السكنى متعارف
لكن قد تتفاوت السكان
فلا بد من بيانه ووجهه ان
السكنى لا تتفاوت
وما لا يتفاوت لا يشتمل على
ما يفسد العقد فيصم

(قوله ولانه لا يتفاوت)
أقول الظاهر وأنه لا يتفاوت
(قوله جواب عما عسى أن
يقال سلمنا الخ) أقول
لا مساس لهذا السؤال
بالمقام اذا الكلام في عدم
وجوب بيان ما يعمل فيها
لا في بيان من يسكن

(وله أن يعمل كل شيء) من السكنى والاسكان والوضوء والغسل وغسل الثياب وكسر الحطب والوقيد وغيرها مما هو من توابع السكنى (للاطلاق) أى لاطلاق العقد فإنه ليس بغيره شيء دون شيء (الأنه لا يسكن حدادا ولا قصارا ولا طحانا) بالماء والدابة دون اليد ان لم يوهن البناء وفى الجملة كل ما لم يتضرر به البناء جاز أن يعمل فيه ويتقيد به وقوله لا يسكن يجوز أن يكون بفتح الباء وقوله حدادا يكون نصبا على الحال وينتفى به الاسكان دلالة لاتحاد المناط وهو الضرر بالبناء (ويجوز استئجار الاراضى للزراعة لانها منفعة مقصودة معها) وينبغي أن به سكتا دلالة لاتحاد المناط وهو الضرر بالبناء (ويجوز استئجار الاراضى للزراعة لانها منفعة مقصودة معها) وينبغي أن يذكرا أنه يستأجرها للزراعة لانها

(١٦٦)

(وله أن يعمل كل شيء) لاطلاق (الأنه لا يسكن حدادا ولا قصارا ولا طحانا) لان فيه ضررا ظاهرا (لانه يوهن البناء فيتقيد العقد بما وراءه دلالة قال (ويجوز استئجار الاراضى للزراعة) لانها منفعة مقصودة معهودة فيها (وللستأجر الشرب والطريق وان لم يشترط) لان الاجارة تعدل الانتفاع ولا انتفاع فى الحال الا بهما فيدخلان فى مطلق العقد بخلاف البيع لان المقصود منه ملك الرقبة لا الانتفاع فى الحال حتى يجوز بيع الحب والارض السبعة دون الاجارة فلا يدخلان فيه من غير ذكر الحقوق وقد مر فى البيوع (ولا يصح العقد حتى يسمى ما يزرع فيها) لانها قد تستأجر للزراعة وغيرها وما يزرع فيها متفاوت فلا بد من التعيين كى لاتقع المنازعة (أو يقول على أن يزرع فيها ماشاء) لانه ما فوض الخيرة اليه ارتفعت الجهالة المفضية الى المنازعة قال (ويجوز أن يستأجر الساحة ليبنى فيها أوليغرس فيها انخلا أو شجرا) لانها منفعة تقصد بالاراضى

ما يزرع فيها لانه متفاوت فى الضرر بالارض وعدمه فلا بد من التعيين قطعا للمنازعة أو يقول على أن يزرع فيها ماشاء لانه لما فوض الاختيار اليه ارتفعت الجهالة المفضية الى المنازعة (ويدخل الشرب والطريق فى العقد بدلا تنصيص لان الاجارة تعدل للانتفاع ولا انتفاع الا بهما فيدخلان فى مطلق العقد بخلاف البيع فان المقصود منه ملك الرقبة وقد مر فى باب الحقوق من كتاب البيوع ويجوز أن يستأجر الساحة) وهى الارض الخالية من البناء والشجر (ليبنى فيها أوليغرس لان ذلك منفعة مقصودة بالاراضى) فيصح به العقد (قوله لاتحاد المناط وهو الضرر بالبناء) أقول فيه رد على الاتفاقى ولكن بقى ههنا كلام وهو ان اتحاد المناط لا يكتفى فى الدلالة لوجوده فى القياس أيضا

جواب عما عسى أن يقال سلمنا أن السكنى متعارف الخ (أقول) كلامه ليس بصحيح أما أولا فلان صاحب العناية لم يصح تلك النسخة بل لم يتعرض لها قط وأما ثانياً ففلان جعل صاحب العناية قول المصنف هذا جوابا عن سؤال مقدر لا يدل على نسخة ولا به بل بأها اذ مقتضى هذه النسخة أن يكون قول المصنف هذا دليلا آخر مستقلا والذي يكون جوابا عن سؤال مقدر انما يكون من مميزات ما قبله فلم يصح قوله وهذا قال هذا جواب عما عسى أن يقال الخ وان أراد أن المذكور فى لفظ العناية بصدد الشرح عبارة هذه النسخة لا غير فليس كذلك أيضا بل المذكور قياسا بانه من نسخ العناية عبارة وأنه بدون اللام (قوله لان فيه ضررا ظاهرا لانه يوهن البناء فيتقيد العقد بما وراءه دلالة) أقول لقائل أن يقول الظاهر من هذا الكلام أن أعمال السكنى متفاوتة فبعض منها يوهن البناء وبعض آخر منها يوهن كالمثلة المذكورة فصار مخالفا لقوله فيما مر أنفاوتا يعنى السكنى لا متفاوت ويمكن أن يقال ان معنى قوله السابق انه لا متفاوت غالبا فالذى يضر البناء يوهنه خارج عن العقد بدلالة الحال وذلك القسم الغالب باق على حاله فله أن يعمل من ذلك ماشاء فتأمل (قوله ولا يصح العقد حتى يسمى ما يزرع فيها لانها قد تستأجر للزراعة وغيرها وما يزرع فيها متفاوت فلا بد من التعيين كى لاتقع المنازعة) أقول لقائل أن يقول فى التعليل شائبة الاستدراك اذ يكتفى فى تمامه أن يقال لان ما يزرع فيها متفاوت وقوله لانها قد تستأجر للزراعة وغيرها لا يطابق المدعى ولا تنفع له فى اثباته فالجواب انه لا بد فى صحة عقد استئجار الاراضى للزراعة من أمرين أحدهما بيان أنه يستأجرها للزراعة لانها

قد

بل لا بد مع ذلك ان يدرك بالغة فتأمل هل يوجد ذلك هنا قال المصنف (ويجوز استئجار الاراضى

للزراعة لانها منفعة مقصودة معهودة فيها) أقول انما قال ذلك لان كون المنفعة مقصودة يعتاد استيفاءها بعقد الاجارة ويجرى به التعامل من الناس من شرائط صحة الاجارة قال فى البدائع فى تعليل هذا الشرط لانها عقد شرع بخلاف القياس لحاجة الناس ولا حاجة فيما لاتعامل فيه للناس ثم قال فلا يجوز استئجار الاشجار لتجفيف الثياب عليها والاستغلال بها لان هذه منفعة غير مقصودة من الشجر ولو اشترى ثمرة شجرة ثم استأجر الشجرة لتبقيته ذلك فيه لم يجوز لانه لم يقصد من الشجرة هذا النوع من المنفعة عادة

(وإذا انقضت المدة لزم المستأجر قلعها وتسليمها فارغة لأنه لا نهاية له ما في إبقائها ماضر بصاحب الأرض) هذا من جانب المستأجر وأما من جانب المؤجر فلا أن الأرض إما أن تنقص بالقلع أولا فإن كان الأول فإن شاء يغيرم له قيمة ذلك مقلوعا وبذلك يرضى به المستأجر أولا وإن شاء رضى بتركها على حالها فيكون البناء لهذا الأرض لذلك لأن الحق له فلا أن يتركه وإن كان الثاني فلا أن يغيرم قيمة ذلك مقلوعا لكن يرضى المستأجر (وهذا بخلاف الزرع إذا انقضت المدة وهو بقل حيث يترك بأجر المثل إلى أن يدرك لأن له نهاية معلومة فإمكان رعاية الجانبين) وذلك لأننا لو قلنا أنه تضرر بالمستأجر ولو تركنا الأرض بيده بلا أجر تضرر بالمؤجر وفي تركه بأجر رعاية الجانبين فصي إليه وأورد مسئلة الجامع الصغير لبيان أن الرطبة كالشجرة (١٦٧) قال (ويجوز استئجار الدواب للركوب والحمل الخ) إذا

(ثم إذا انقضت مدة الاجارة لزمه أن يطلع البناء والغرس ويسلمها إليه فارغة) لأنه لا نهاية لها ما في إبقائها استمرار بصاحب الأرض بخلاف ما إذا انقضت المدة والزرع بقل حيث يترك بأجر المثل إلى زمان الادراك لأنه نهاية معلومة فإمكان رعاية الجانبين قال (الأن يختار صاحب الأرض أن يغيرم له قيمة ذلك مقلوعا وبذلك يرضى به المستأجر) وهذا برضاء صاحب الغرس والشجر الآن تنقص الأرض بقلعها ما في ذلك يملكها ما يغير رضاه قال (أو يرضى بتركه على حاله فيكون البناء لهذا الأرض لهذا) لأن الحق له فلا أن لا يستوفيه قال (وفي الجامع الصغير إذا انقضت مدة الاجارة وفي الأرض رطبة فأنها تنقلع) لأن الرطاب لا نهاية لها فأنشبه الشجر قال (ويجوز استئجار الدواب للركوب والحمل) لأنه منسقة معلومة معهوده (فإن أطلق الركب جازله أن يركب من شاء) إلا بالاطلاق ولكن إذا ركب بنفسه أو أركب واحد السله أن يركب غيره لأنه تعيين مراد من الاصل والناس يتفاوتون في الركب فصار كأنه نص على ركوبه

قد تستأجر غيرها أيضا فلا بد من نفي الجهالة وثاني ما بيان ما يزرع فيها كما صرح به في الكتاب بقوله ولا يصح العقد حتى يسمى ما يزرع فيها والمصنف أشار إلى اندراج الأول أيضا التزاما في مدلول قوله حتى يسمى ما يزرع فيها ابتداء على أن تسمية ما يزرع فيها فرع تسمية نفس الزراعة أشار إلى تعليل كلا الأمرين أما إلى تعليل الأول فقوله لأنها قد تستأجر للزراعة وغيرها وأما إلى تعليل الثاني فقوله وما يزرع فيها متفاوت فلم يكن في التعليل المزبور استدراك بل كان فيه زيادة فائدة وكان صاحب العناية تفتن لهذه الدققة حيث قال في تقرير المقام ويجوز استئجار الأراضي للزراعة لأنها منسقة مقصودة معهوده فيها وينبغي أن يذكر أنه يستأجر للزراعة لأنها استأجر غيرها أيضا فلا بد من البيان نفيا للجهالة ولا بد من بيان ما يزرع فيها لأنه يتفاوت في الضرر بالأرض وعدمه فلا بد من التعيين قطعاً للنازعة انتهى (قوله فإن أطلق الركب جازله أن يركب من شاء إلا بالاطلاق) اعلم أن استئجار الدواب للركوب على ثلاثة أوجه لأن المستأجر إما أن يقول عند العقد استأجرتم الركب ولم يزد عليه شيئا أو زاد فعلى هذا إما أن يقول على أن يركب من شاء أو يقول على أن يركب فلا بد من الوجه الأول يفسد العقد لأن الركب مما يختلف باختلاف فاحش فيكون المعقود عليه مجهولا فإن أركب شخصاً ومضت المدة فالقياس أن يجب عليه أجر المثل لأنه استوفى المعقود عليه بمقدار فاسد فلا ينقلب إلى الجواز وفي الاستحسان يجب المسمى وينقلب جائز لأن الفساد كان للجهالة وقد ارتفعت حالة الاستعمال فكانت ارتفعت من الابتداء لأن عقد الاجارة ينقضاء فاسدة فكل جزء منه ابتداء وإذا صح العقد فكذلك هذا هنا وإذا

كان الثاني صح العقد ويجب المسمى ويتعين أول من ركب سواء كان المستأجر أو غيره لأنه تعيين مراد من الاصل على الوجه الذي قلنا فإن أركب غيره بعد ذلك فغطت ضمن وهذا الوجه هو المذكور في الكتاب أولا والمراد بقوله فإن أطلق الركب هو أن يقول على أن يركب من شاء وإن كان الثالث فليس له أن يتعداه لأنه تعيين مفيد لا بد من اعتباره فإن تعداه كان ضامنا

(قوله وإن كان الثاني فلا أن يغيرم قيمة ذلك مقلوعا) أقول وإن شاء رضى بتركها على حالها ولم يتركها المأجور على أن يفهمه من الكلام (قوله على الوجه الذي قلنا) أقول أنفا

وكذلك كل ما يختلف باختلاف المستعملين كالثوب والخمعة وحكم الحمل تحكم الركوب بخلاف العقار فإنه إذا شرط سكنى واحد بينهما حازا سكان غيره لأن التقسيم غير مفيد لعدم التفاوت فإن قيل قد تنفاوت السكان أيضا فإن سكنى بعض قد ينصرف ربه كالحداد ونحوه أجاب بقوله (والذي يضر بالبناء خارج (١٦٨) على ما ذكرنا) واعتبر ما ذكرنا من أن التفاوت من التطويل وقول المصنف

(وكذلك إذا استأجر ثوبا باللس وأطلق جاز فمأذ كرنا) لاطلاق اللفظ وتفاوت الناس في اللبس (وان قال على أن يركبها فلان أو يلبس الثوب ففلان فأركبها غيره أو ألبسه غيره ففعلت كان ضامنا) لان الناس يتفاوتون في الركوب واللبس فصح التعيين وليس له أن يتعداه وكذلك كل ما يختلف باختلاف المستعمل لما ذكرنا فأما العقار وما لا يختلف باختلاف المستعمل إذا شرط سكنى واحد فله أن يسكن غيره لان التقييد غير مفيد لعدم التفاوت الذي يضر بالبناء والذي يضر بالبناء خارج على ما ذكرنا قال (وان سمي نوعا وقد راعى ما يحمله على الدابة مثل أن يقول خمسة أفقرة حنطة فله أن يحمل ما هو مثله في الضرر) كحنطة أخرى غيرها (أو) ما هو (أقل) ضررا (أو) كالشعر (والسهم) فانهم ما إذا كانا خمسة أفقرة كانا أقل وزنا فكانا أقل ضررا وذكر في النهاية أن في الكلام لفا ونشر فإن الشعر ينصرف الى المثل والسهم ينصرف الى الأقل إذا كان التقدير من حيث الكيل وليس بواضح فان السهم أيضا مثل إذا كان التقدير من حيث الكيل وانما جازله ذلك (لانه دخل تحت الأذن لعدم التفاوت) يعني به إذا كان مثلا (أو) لكونه خيرا) يعني به إذا كان أقل ضررا (وليس له أن يحمل ما هو أكثر ضررا من الحنطة كالحلج) إذا كان مثلها كلالا أنه أثقل (لانه عدم الرضا فيه وان استأجرها ليحمل عليها فمقدار من القطن فليس له أن يحمل عليها مثل وزنه حديد لانه ربما كان أضر على الدابة لاجتماعه في موضع من الظهر بخلاف القطن فإنه ينسبط عليه) وانما ذكره مع كونه معلوما مسبقا لان ذلك كان نظير المكيل وهذا نظير الموزون

أقفره (قوله أو تقدير) أقول كافي الوجه المذكور في الكتاب أولا (قوله وليس واضح) أقول وفيه بحث فان صاحب النهاية يدعي أن خمسة أفقرة من الشعر مثل خمسة أفقرة من الحنطة في الضرر فالحجاب منع ذلك لا ما ذكره الشارح كالأينجي (قوله لانه أثقل لانه عدم الرضا فيه) أقول الأولى ان يقال ولا يرضى به المؤجر

أرفع الجهالة من الابتداء صح العقد فكذلك ههنا وفي الوجه الثاني يصح العقد ويجب المسمى ويتعين أول من ركب سواء كان المستأجر أو غيره لانه تعين من ادا من الاصل فصار كأنه نص على ركوبه ابتداء وفي الوجه الثالث ليس له أن يتعداه لانه تعين مفيد لا بد من اعتباره فان تعدى صار ضامنا وحكم الحمل تحكم الركوب في جميع هذه الأحوال كذا قالوا ثم اعلم أن الشراح اختلفوا في تعيين أن المراد بقول القدرى فان أطلق الركوب جازله أن يركب من شاء أي وجه من هاتيك الأوجه الثلاثة فجزم فرقة منهم كجاج الشريعة وصاحبي الغاية والعناية بأن المراد بذلك هو الوجه الثاني وهو أن يقول على أن يركب من شئت وان المراد بالاطلاق التعميم بدون التقييد بركوب شخص بعينه كما جزم به الامام الزاهدي والامام أبو نصر الاقطع في شرحهم ما يخص القدرى وجوز فرقة أخرى منهم كأنهم أبى النهاية والكناية ومعراج الدراية الحمل على الوجهين أحدهما آخر أحوال الوجه الاول وهو انقلاب العقد الى الجواز بعد ما وقع فاسدا بأن يكون معنى قوله فان أطلق الركوب جازله أن يركب من شاء أو أركب من شاء ينقلب العقد الى الجواز بعد ما وقع فاسدا وثانيهما الوجه الثاني كما ذكرنا من قبل إذا عرفت هذا فأقول ان تعليل المصنف هذه المسئلة أعني قوله فان أطلق الركوب جازله أن يركب من شاء بقوله عملا بالاطلاق يقتضي أن يحمله المصنف على الوجه الثاني فقط لانه انما يشي عند الحمل على الوجه الثاني لا عند الحمل على آخر الوجه الاول اذا لاشك ان علة انقلاب العقد الى الجواز في الوجه الاول انما هي تعين المعقود عليه بقاء الاطلاق وانما الاطلاق علة الفساد ابتداء وعن هذا فسر صاحب الكافي معنى الاطلاق ههنا بالوجه الثاني ثم عالج المسئلة بما عالج به المصنف حيث قال فان أطلق بأن قال على أن يركب أو يلبس من شاء جازله أن يركب أو يلبس من شاء عملا بالاطلاق اللفظ انتهى فتدبر (قوله وان سمي نوعا وقد راعى ما يحمله على الدابة مثل أن يقول خمسة أفقرة حنطة فله أن يحمل ما هو مثل الخنطة في الضرر وأقل كالشعر والسهم) كلاهما مثال لما هو أقل في الضرر وأما مثال ما هو مثل في الضرر فكما إذا سمي خمسة أفقرة حنطة بعينها فحمل خمسة

بمخلاف القطن فإنه ينسبط عليه) وانما ذكره مع كونه معلوما مسبقا لان ذلك كان نظير المكيل وهذا نظير الموزون

(قوله أو تقدير) أقول كافي الوجه المذكور في الكتاب أولا (قوله وليس واضح) أقول وفيه بحث فان صاحب النهاية يدعي أن خمسة أفقرة من الشعر مثل خمسة أفقرة من الحنطة في الضرر فالحجاب منع ذلك لا ما ذكره الشارح كالأينجي (قوله لانه أثقل لانه عدم الرضا فيه) أقول الأولى ان يقال ولا يرضى به المؤجر

(وان استأجرها ليركبها فأردف معه رجلا فعطبت ضمن نصف قيمتها) سواء كان الرديف أخف أو أثقل من الراكب (ولامعتبر بالثقل لان الدابة قد يعقرها جهل الراكب الخفيف ويخفف عليها ركوب الثقل لعلمه بالفروسية ولان الأدي غير موزون فلا يمكن معرفته بالوزن فاعتبر عدد الراكب كعدد الجنات في الجنائيات) والجنات جمع جان كالبنات جمع باع فانه اذا جرح رجل رجلا جراحة واحدة والاخر عشر جراحات خطأ فالدابة ينهها نصفها لان ربح جراحة واحدة أكثر تأشير من عشر جراحات قبل وانما قيد بكونه رجلا لانه اذا أردف صبياً ضمن بقدر ثقله اذا كان لا يستمسك بنفسه لانه بمنزلة الحمل (وان استأجرها ليحمل عليها مقداراً من الخنطة فحمل عليها أكثر منه فعطبت ضمن ما زاد الثقل لانها عطبت بما هو مأذون فيه وغير مأذون فيه وسبب الهلاك الثقل فانقسم عليها) اذا كان مثلها يطبق حمله (وأما اذا كان جلالاً يطبقه مثلها ضمن كل قيمتها لعدم الاذن فيها أصلاً لخروجها (١٦٩) عن العادة) كما اذا كانت الزيادة من خلاف

جنس المسمى كمن استأجرها ليركبها فأردف معه رجلاً فعطبت ضمن نصف قيمتها ولا يعتبر بالثقل لان الدابة قد يعقرها جهل الراكب الخفيف ويخفف عليها ركوب الثقل لعلمه بالفروسية ولان الأدي غير موزون فلا يمكن معرفته بالوزن فاعتبر عدد الراكب كعدد الجنات في الجنائيات قال (وان استأجرها ليحمل عليها مقداراً من الخنطة فحمل عليها أكثر منه فعطبت ضمن ما زاد الثقل) لانها عطبت بما هو مأذون فيه وما هو غير مأذون فيه والسبب الثقل فانقسم عليها (الاذا كان جلالاً لا يطبقه مثل تلك الدابة بحيث يضمن كل قيمتها) لعدم الاذن فيها أصلاً لخروجها عن العادة

أقفره حنطة أخرى وانما ترك هذا في الكتاب نظيره قال صاحب النهاية في شرح قوله كالشعر والسهم هذا لف ونشر فان الشعر ينصرف الى المثل والسهم ينصرف الى الأقل اذا كان التقدير فيه من حيث الكيل لا من حيث الوزن انتهى وتبعه الشارح السكاكي كما هو دأبه في أكثر الاحوال وقال صاحب غاية البيان قال بعضهم فيه لف ونشر يرجع قوله كالشعر الى قوله مثل الخنطة ويرجع قوله والسهم الى قوله اقل وليس ذلك بشئ لان الشعر ليس مثل الخنطة بل أخف منها ولهذا الوشرط أن يحمل عليها مائة رطل من الشعر فحمل عليها مائة رطل من الخنطة ضمن اذا عطبت فلو كان مثلاً لم يضمن كالمشرط أن يحمل عليها حنطة زيد فحمل عليها حنطة عمر وذلك الكيل بل قوله كالشعر والسهم جميعاً نظيره قوله اقل الى هنا كلامه وقال صاحب العناية وذكر في النهاية أن في الكلام لفوا ونشروا فان الشعر ينصرف الى المثل والسهم ينصرف الى الأقل اذا كان التقدير من حيث الكيل وليس بواضح فان السهم أيضاً مثل اذا كان التقدير من حيث الكيل انتهى كلامه (أقول) فيه خبط واضح فانه اذا كان التقدير من حيث الكيل فانهما يكون السهم مثل الخنطة في الكيل ولا شك أن المراد بالمثل والأقل ههنا ما هو مثل وأقل في الضرر كما صرح به في نفس الكتاب وانما تكون المثلية في الضرر بالتساوي في الوزن والافلية في الضرر بالقله في الوزن وانتفاء التساوي في الوزن بين السهم والخنطة اذا كان التقدير من حيث الكيل أمر يدهى فكان صاحب العناية يوهبهم من كون التقدير من حيث الكيل كون المثلية والافلية أيضاً من حيث الكيل وهو عجيب من مثله نعم رد على ما ذكر في النهاية منع كون الشعر مثل الخنطة في الضرر اذا كان التقدير من حيث الكيل كما أفصح عنه صاحب الغاية (قوله وان استأجرها ليركبها فأردف معه رجلاً فعطبت ضمن نصف قيمتها) قال صاحب العناية قيل وانما قيد بكونه رجلاً

(٢٢ - تكمله سابع) فاذا أردف فقد أركب غيره وركب أيضاً فركوبه زيادة ضرر عليها فان لم يوجب زيادة لا يوجب نقصاً بالاحتمال لانه في الاركاب متفرداً يخالف من كل وجه وفي الارداق مأذون من وجهه دون وجهه وهو يقع حمله كامراً

قال المصنف (وان استأجرها ليركبها فأردف معه رجلاً) أقول قال صاحب الكفاية قيد بقوله رجلاً لانه لو أردف صبياً لا يستمسك ضمن ما زاد الثقل وان كان صبياً يستمسك فهو كالرجل انتهى الا أن الدليل الثاني يدل على خلاف ذلك (قوله قيل وانما قيد الى قوله لانه بمنزلة الحمل) أقول الآن قوله ولان الأدي غير موزون يدل على خلاف ذلك ولعل قصد بالكلام بصيغة التريض لذلك (قوله لعدم الاذن فيها أصلاً لخروجها عن العادة) أقول فيه تأمل ولعل المراد لعدم اعتبار الاذن فانه لما كان ما حمله خارجاً عن العادة ظهر أنه قد رانلاف الدابة فلم يبق لاعتبار الاذن معنى

قال (وان كبح الدابة بلجامها الخ) وان كبح الدابة بلجامها أي يجذبها الى نفسه لتقف ولا تجرى أو يضربها فغطت ضمن عند أبي حنيفة وقال لا يضمن اذا فعل فعلا متعارفا لان المتعارف مما يدخل تحت مطلق العقد وما يدخل تحته لا يوجب الضمان لحصوله باذنه وفي عبارته تسامح لان المتعارف مراد بطلق العقد لا داخل تحته والجواب ان اللام في المتعارف للعهد أي الكبح المتعارف أو الضرب المتعارف وحينئذ يكون داخلا (١٧٠) لامر اذا لان العقد المطلق يتناوله وغيره ولا يبي حنيفة القول بالموجب أي سلمنا

أنه حاصل بالأذن لكن الأذن فيما ينتفع به المأذون مقيد بشرط السلامة اذا أمكن تحققي المقصود بها وههنا يمكن اذ يتحقق السوق بدونه فصار كالمرور في الطريق (وان استأجرها الى الحيرة) بكسر الحاء المهملة مسدنة كان يسكنها النعمان بن المنذر وهي على رأس ميل من الكوفة (فجاوز بها الى القادسية) موضع بينه وبين الكوفة خمسة عشر ميلا (ثم ردها الى الحيرة) ثم نفقت ضمنها وكذلك العارية) واختلف المشايخ في معنى هذا الوضع فتنهم من أول المسئلة بان المراد هو ان استأجرها ذاهبا فقط لينتمى العقد بالوصول الى الحيرة فلا يصير المستأجر بالعود من القادسية اليها مرودا الى يد المالك معنى فانه لما كان مرودا معنى فهو نائب المالك والرد الى النائب رد الى المالك معنى اما اذا استأجرها ذاهبا وجائيا كان بمنزلة المودع اذا خالف ثم عاد الى الوفاق ومنهم من أجرى على الإطلاق وفرق بينه وبين المودع بأن المودع مأمور بالحفظ مقصودا وهو ظاهر

قال (وان كبح الدابة بلجامها أو ضربها فغطت ضمن عند أبي حنيفة وقال لا يضمن اذا فعل فعلا متعارفا) لان المتعارف مما يدخل تحت مطلق العقد فكان حاصله باذنه فلا يضمنه ولا يبي حنيفة رحمه الله ان الأذن مقيد بشرط السلامة اذ يتحقق السوق بدونه وانما هما للباقة فيتقيد بوصف السلامة كالمرور في الطريق قال (وان استأجرها الى الحيرة فجاوز بها الى القادسية ثم ردها الى الحيرة) ثم نفقت فهو ضامن وكذلك العارية) وقيل تأويل هذه المسئلة اذا استأجرها ذاهبا لا جائيا لينتمى العقد بالوصول الى الحيرة فلا يصير بالعود مرودا الى يد المالك معنى وأما اذا استأجرها ذاهبا وجائيا فيكون بمنزلة المودع اذا خالف ثم عاد الى الوفاق وقيل لا بل الجواب بحسبى على الإطلاق والفرق ان المودع مأمور بالحفظ مقصودا فبقى الامر بالحفظ بعد العود الى الوفاق فحصل الرد الى نائب المالك

لانه اذا أردف صيا ضمن بقدر ثقله اذا كان لا يستمسك بنفسه لانه بمنزلة الحمل انتمى وقال بعض الفضلاء الا ان قوله ولان الآدمي غير موزون يدل على خلاف ذلك ولعل تصدير الكلام بصيغة التمر يض لذلك انتمى (أقول) ليس الامر كذلك لان الصبي الذي لا يستمسك بنفسه لما صار بمنزلة الحمل صار بمنزلة غيره الآدمي فلم يدخل تحت قوله ولان الآدمي غير موزون فلم يكن ما قيل على خلاف ذلك الدليل ويرشد اليه ما ذكره صاحب النهاية حيث قال ثم النقه في اعتبار عدد الركاب في الآدمي لانه لا الثقل هو ان الآدمي مخصوص بعلم القروية وعن هذا قال شمس الأئمة الحلواني هذا الذي ذكره من الجواب فيما اذا أردف مثله وأما اذا أردف صيا ضمن بقدر ثقله لكن هذا في الصبي الذي لا يستمسك بنفسه وكان مثله بمنزلة الحمل كذا في التهمة الى هنا لفظ النهاية تأمل ترشد ثم انه لا مجال للقصد الى تضعيف ذلك القول لانه مما تقر في عامة معتبرات الفتاوى وناهيك بقول شمس الأئمة الحلواني ذلك الامام المحقق ومن العجائب ههنا أنه لما قال صاحب الكافي ولان الآدمي لا يوزن بالقياس بدل قول صاحب الهداية ولان الآدمي غير موزون نقله الشارح العيني وقال فيه نظر وقد شاهدنا كثيرا من الناس ووزنوا أنفسهم بالقياس ليعرفوا وزنها ولكن لا ينضبط هذا على ما لا يخفى انتمى فكانه زعم أن مراد صاحب الكافي أنه لا يمكن أن يوزن الآدمي بالقياس أصلا وهل يوجد في العالم من الممكنات القائمة بذاتها شيء لا يمكن أن يوزن أصلا الا أن يكون مجردا أو جسم لطيفا (قوله وقال لا يضمن اذا فعل فعلا متعارفا لان المتعارف مما يدخل تحت مطلق العقد الخ) قال صاحب العناية وفي عبارته تسامح لان المتعارف مراد بطلق العقد لا داخل تحته والجواب ان اللام في المتعارف للعهد أي الكبح المتعارف أو الضرب المتعارف وحينئذ يكون داخلا لامر اذا لان العقد المطلق يتناوله وغيره اه كلامه وتصرف بعض الفضلاء في كل من جاني السؤال والجواب أما في الاول فبان قال ويجوز أن يقال المراد بالدخول عدم الخروج وأما في الثاني فبان قال ولعل الاولى أن يقال أي الفعل المتعارف اه (أقول) كل من تصرف به الفضلاء في كل من جاني فلا أن كون المراد بالدخول عدم الخروج لا يدفع التسامح في العبارة فان ذلك المعنى خلاف الظاهر من لفظ الدخول جدا فارادة ذلك منه عين التسامح في العبارة وأما الثاني فلانه لو قال في تفسير المعهود أي

وكل من هو كذلك يبقى مأمورا بالحفظ بعد العود الى الوفاق لقوة الامر لكونه مقصودا وحينئذ يكون الرد الى نائب المالك الفعل (قوله وفي عبارته تسامح لان المتعارف مراد الخ) أقول ويجوز أن يقال المراد بالدخول عدم الخروج (قوله أي الكبح المتعارف) أقول ولعل الاولى أن يقال أي الفعل المتعارف (قوله اذا أمكن تحققي المقصود به الخ) أقول الضمير في قوله بهاراجع الى قوله السلامة (قوله اذ يتحقق السوق بدونه) أقول أي بدون الضرب كتحريك الرجلين والصباح (قوله فانه لما كان مرودا معنى الخ) أقول تأمل في هذا التعليل

والمستأجر والمستعير مأموران بالحفظ تبعاً للاستعمال لا مقصوداً فإذا انقطع الاستعمال بالتجاوز عن الموضع المسمى انقطع ما هو تابع له وهو الحفظ فلم يبق نائباً ليكون الرد إليه ولا يسيراً إلا بالرد إلى المالك أو نائبه وفوقض بغاصب الغاصب إذا رد المخصوص على الغاصب فإنه يبرأ وإن لم يوجده الرد على أحدهذين والجواب أن الرد على أحدهما وجب البراءة البتة وليس كل ما وجب البراءة يجب أن يكون الرد على أحدهما لجواز أن تحصل البراءة بسبب آخر والسبب في غاصب الغاصب هو الرد إلى من لم يوجده منه سبب ضمان يرتفع بالرد عليه ضمانه من قبل فإن قيل الرد إلى المالك أو نائبه إزالة للتعدي وهو يصلح متبرئاً عن الضمان والرد إلى من لم يوجده منه سبب ضمان يرتفع بالرد عليه ضمانه من قبل ليس كذلك فلا نسلم صلاحيته لذلك فالجواب أن الرد على الغاصب رد على من عليه ضمان الغاصب الأول وتقرر الضمان على الغاصب بوجوب سقوطه عن غاصب الغاصب لا يلزم كون الشيء مضموناً بضمانين قبل إلحاق العارية بالأجارة بقوله وكذلك العارية وعكسه ليس بمستقيم لثبوت التفرقة بينهما فإن يد المستأجر كيد المالك حيث يرجع بما يلحقه من الضمان على المالك كالمودع وموثة الرد على المالك كافي الودعة بخلاف الأجرة والجواب أن الاتحاد بين الشئين من كل وجه يرفع التعدد فلا بد من تفرقة ليحقق الإلحاق والاتحاد في النشاط كاف للإلحاق وهو موجود فإن النشاط هو التجاوز عن المسمى متعدياً ثم الرجوع إليه فيما لم يكن الحفظ فيه مقصوداً وذلك موجود فيهما لا محالة (قوله وهذا) أي الإجراء على الإطلاق أصح (ومن أكرى حماراً بسرج) فاستعماله به موافقة فإن زرع فاما أن يستعمله بسرج آخر أو كاف وكل منهما على قسمين إما أن يسرج بسرج يسرج بمثله الجمر أو لا وكذلك إلا كاف فإن أسرج بذلك فلا ضمان عليه لأنه (١٧١) كان مثله تناوله الأذن إذا فائدة في

التقييد بغيره أي من حيث المنع يعني لأفائدة في القول بأن هذا مقيد بأن لا يسرج بغيره هذا السرج الذي عينه صاحبها إذا كان غيره بمثله وفي بعض النسخ في التقييد بعينه وهو واضح وقوله (إذا كان زائداً عليه في الوزن) استثناء من قوله فلا ضمان عليه فإن الزائد لم يتناوله الأذن فكان مأذوناً في المسمى غير مأذون في الزيادة وفي مثله

وفي الأجارة والعارية بصير الحفظ مأموراً به تبعاً للاستعمال لا مقصوداً فإذا انقطع الاستعمال لم يبق هو نائباً فلا يبرأ بالعود وهذا أصح قال (ومن أكرى حماراً بسرج فتزرع السرج وأسرجه بسرج يسرج بمثله الجمر فلا ضمان عليه) لأنه إذا كان بمثل الأول تناوله إذن المالك إذا فائدة في التقييد بغيره إذا كان زائداً عليه في الوزن فينبذ ضمن الزيادة (وإن كان لا يسرج بمثله الجمر ضمن) لأنه لم يتناوله الأذن من جهته فصار مخالفاً

الفعل المتعارف لم يتم الجواب إذا الفعل المتعارف مطلقاً مبدءاً بمطلق العقد لا داخل تحته وإنما الداخل تحته الفعل المتعارف المخصوص وهو ههنا الكبح المتعارف أو الضرب المتعارف وإن أراد بالفعل المتعارف في التفسير الكبح المتعارف أو الضرب المتعارف دون الفعل المتعارف مطلقاً احتج إلى تفسير آخر في تبين المراد فالأولى ما في العناية كما لا يخفى (قوله وفي الأجارة والأعارة بصير الحفظ مأموراً به تبعاً للاستعمال لا مقصوداً فإذا انقطع الاستعمال لم يبق هو نائباً فلا يبرأ بالعود) فإنه لما تجاوز الحسيمة صار

يضمن الزيادة إذا كانت من جنس المسمى ووضع على الدابة دفعة كما تقدم في الخطة وإن أسرج بمثل أسرج به مثله مثل أن يسرجه بسرج البرذون ضمن القيمة كلها لأنه لم يتناوله الأذن من جهته فصار مخالفاً

(قوله وفوقض بغاصب الغاصب إلى قوله على أحدهذين) أقول لا يبعد أن يقال إن الغاصب في عرضية أن يكون مالكاً بسبب تقرر الضمان عليه فكان الرد إليه كالرد على المالك (قوله لجواز أن تحصل البراءة بسبب آخر) أقول لا يقال كيف يستقيم الحصر المذلول عليه بقوله ولا يبرأ إلا بالرد إلى المالك أو نائبه لظهور صحة بالنظر إلى ما نحن بصده نعم قد يكون المستأجر الذي فعل ما فعل مستأجراً من غاصب الدابة فتدبر (قوله قيل إلحاق العارية) أقول القائل عيسى بن أبان (قوله والجواب أن الاتحاد بين الشئين من كل وجه الخ) أقول فيه نوع تأمل فإن مراد القائل أنه إذا كان يد المستأجر كيد المالك ينبغي أن يبرأ المستأجر عن الضمان فيما نحن فيه بالرد إلى يده ولا كذلك العارية فالناسب في الجواب هو التعرض لدليله بأنه لا يلزم منه مطلوبه كما فعل غيره من الشراح فليتأمل قال المصنف (ومن أكرى حماراً بسرج الخ) أقول إذا استأجر حماراً بسرج فأسرجه بسرج لا يسرج بمثله الجمر فهو ضامن بتقدير ما زاد اتفاق الروايات بالإجماع وإن كان السرج الثاني أخف من الأول أو مثله فلا ضمان كذا في الفصل السابع والعشرين من إجازات الهيطة البرهاني ولا يخفى عليك مخالفتهم لما في الهداية (قوله يعني لأفائدة في القول بأن هذا مقيد بأن لا يسرج بغيره هذا السرج الخ) أقول ولا يبعد أن يقال الضمير في قوله غيره راجع إلى سرج يسرج بمثله الجمر كالضمان السابقة فالمراد بغيره هو غير السرج الذي عينه صاحبها فقامل

(وان أو كفه با كاف لا يوكف بمثله الجر يضمن لما قلنا في السرج) انه لم يتناوله الاذن (وهذا أولى) لانه من خلاف جنسه (وان أو كفه با كاف يوكف بمثله الجر يضمن عند أبي حنيفة) (١٧٢) ولم يبين مقدار المضمون اتباعا لرواية الجامع الصغير لانه لم يذكر فيه

انه ضامن لجميع القيمة ولكنه قال هو ضامن وذكر في الاجارات يضمن بقدر ما زاد من المشايخ من قال ليس في المسئلة روايتان وانما المطلق محمول على المفسر ومنهم من قال فيها روايتان في رواية الاجارات يضمن بقدر ما زاد في رواية الجامع الصغير يضمن جميع القيمة قال شيخ الاسلام وهذا أصح وتكلموا في معنى قول أبي يوسف ومحمد يضمن بحسابه وهو واحد في الروايتين عن أبي حنيفة ففهم من قال المراد المساحة حتى اذا كان السرج يأخذ من ظهر الدابة قدر شبرين والا كاف قدر أربعين أشبار يضمن نصف قيمته ومنهم من قال معناه بحسابه في الثقل والخفة حتى اذا كان وزن السرج منوينا والا كاف ستة أمناه يضمن ثلثي قيمتها واليه أشار المصنف في الدليل حيث قال (لانه اذا كان يوكف بمثله الجر كان هو والسرج سواء فيكون المالك راضيا به الا اذا كان زائدا على السرج في الوزن فيضمن الزيادة لانه لم يرض بها فصار كل زيادة في الحمل المسمى اذا كان

(وان أو كفه با كاف لا يوكف بمثله الجر يضمن) لما قلنا في السرج وهذا أولى (وان أو كفه با كاف يوكف بمثله الجر يضمن عند أبي حنيفة) وقال يضمن بحسابه (لانه اذا كان يوكف بمثله الجر كان هو والسرج سواء فيكون المالك راضيا به الا اذا كان زائدا على السرج في الوزن فيضمن الزيادة لانه لم يرض بالزيادة فصار كل زيادة في الحمل المسمى اذا كان من جنسه ولا يضمن حنيفة رجحه الله ان الا كاف ليس من جنس السرج لانه للعمل والسرج للركوب وكذا ينسب أحدهما على ظهر الدابة ما لا ينسب عليه الا آخر فكان مخالفا

غاصبا للدابة ودخلت الدابة في ضمانه والغاصب لا يبرأ عن الضمان الا بالرد على المالك أو على من هو مأمور بالحفظ من جهة المالك ولم يوجد كذا في الكافي وعامة الشروح ووقفنا بغاصب الغاصب اذا ارد المغمصوب على الغاصب فانه يبرأ وان لم يوجد الرد على أحدهذين وأجيب عنه في النهاية وكثير من الشروح بأن يزيد في المأخذ فنقول انما يبرأ بالرد على أحدهذين أو على من لم يوجد منه سبب ضمان يرتفع بالرد عليه ضمانه من قبل والغاصب الاول لم يوجد منه سبب ضمان يرتفع بالرد عليه وعزاه في النهاية ومعارض الدابة الى الفوائد الظهيرية وقال في العناية والجواب ان الرد على أحدهما يوجب البراءة البتة وليس كل ما يوجب البراءة يجب أن يكون الرد على أحدهما لجواز أن تحصل البراءة بسبب آخر والسبب في غاصب الغاصب هو الرد الى من لم يوجد منه سبب ضمان يرتفع بالرد عليه ضمانه من قبل اه (أقول) يرد عليه ان قوله وليس كل ما يوجب البراءة يجب أن يكون الرد على أحدهما لجواز أن تحصل البراءة بسبب آخر مما ينافيه الحصر المستفاد من قولهم والغاصب لا يبرأ عن الضمان الا بالرد على المالك أو على من هو مأمور بالحفظ من جهة المالك ومورد النقض ليس الا الحصر المستفاد من تلك المقدمة اللهم الا أن يحمل ذلك الحصر على القصر الاضافي دون الحقيقي فالعنى ان الغاصب لا يبرأ الا بالرد على أحدهما لا بالعود فلا ينافيه جواز أن تحصل البراءة بسبب آخر وقصد بعض الفضلاء أن يجيب عما يرد على ما في العناية بوجه آخر حيث قال لا يقال كيف يستقيم الحصر المذكور عليه بقوله ولا يبرأ الا بالرد الى المالك أو نائبه لظهور صحة النظر الى ما نحن فيه نعم قد يكون المستأجر الذي فعل ما فعل مستأجرا من غاصب الدابة فندبر اه كلامه (أقول) ليس ذلك بمستقيم لان قولهم والغاصب لا يبرأ الا بالرد على المالك أو نائبه في حيز الكبرى من الشكل الاول بأن يقال المستأجر فيما نحن فيه غاصب بمجاوزة الحرية وكل غاصب لا يبرأ عن الضمان الا بالرد على المالك أو نائبه فهو لا يبرأ عنه الا بأحدهما ولم يوجد هنا شيء منهما فظاهر صحة الحصر بالنظر الى ما نحن فيه لا يفيد صحة النظر الى كلية الكبرى والكلام فيها ولو كان مراد صاحب العناية بقوله ولا يبرأ الا بالرد الى المالك أو نائبه ان المستأجر فيما نحن فيه لا يبرأ الا بالرد على أحدهما لان الغاصب مطلقا لا يبرأ الا بالرد على أحدهما لما كان للنقض بغاصب الغاصب اذا ارد المغمصوب على الغاصب مساس بكلامه فلا يكون له كره وجوابه عنه وجه فان قيل يجوز أن يكون مراده حينئذ بغاصب الغاصب في النقض هو المستأجر الذي استأجر من غاصب الدابة وفعل ما فعل الغاصب لا غاصب الغاصب مطلقا فيكون للنقض المزبور مساس بكلامه أيضا قلنا فلا يصح الحصر المزبور ان ذلك بالنظر الى ما نحن فيه أيضا فلا يتم المطلوب فالخلص في الجملة لتصح ما في العناية انما هو حمل الحصر على القصر الاضافي كما تقدمنا عليه من قبل قال في النهاية فان قلت الحاق الاجارة بالعارية في حكم الضمان غير مستقيم لما ان يد المستأجر كيد المالك حتى يرجع بما يلحقه

من جنسه ولا يضمن حنيفة أن الا كاف ليس من جنس السرج لانه للعمل والسرج للركوب وينسب أحدهما على الظهور أكثر من الآخر (فصار كالوصفي حنيفة وجل بوزنها شعيرة فانه يضمن لان الشعير ينسب على ظهر الدابة أكثر من الحنطة (فكان مخالفا)

وقوله (كما اذا حمل الحديد وقد شرط له الحنطة) فيه نظرا لانه عكس ما نحن فيه من المثال الا اذا جعل ذلك مثالا للخالفة فقط من غير نظر الى الانبساط وعدمه (ومن استأجر جالا ليحمل له طعاما في طريق كذا فسلك غيره) فلا يخجلوا ما أن يكون ماسلكه مما يسلكه الناس أولا فان كان الاول فاما أن يكون بين الطريقتين تفاوت بأن يكون أحدهما (١٧٣) أو عرا أو خوف أو نحو ذلك أولا فان كان

الثاني فلا ضمان عليه لان التقيد اذا كان غير مفيد وان كان الاول ضمن لجهة التقيد لكونه مفيدا فان قيل محمد أطلق الرواية لانه لا ضمان عليه فيما اذا أخذ في الطريق الذي يسلكه الناس ولم يقيد في هذا التفصيل أجاب بقوله (الا ان الظاهر عدم التفاوت اذا كان الطريق يسلكه الناس فلم يفصل) وان كان الثاني أعني ما لا يسلكه الناس فهلك ضمن لجهة التقيد فصار مخالفا واذا بلغ فله الاجر لانه ارتفع الخلاف معنى وان بقي صورة وان حمله في البحر فيما يحمله الناس في البر ضمن لفحش التفاوت بين البر والبحر (ومن استأجر أن يسافر بالوديعه في طريق البر دون البحر) فان بلغ فله الاجر لانه ارتفع الخلاف بمحصل المقصود وارتفاعه معنى وان بقي صورة قال (ومن استأجر أرضا ليزرعها حنطة فزرعها رطبة ضمن مانتقصها) لان الرطاب أضرب بالارض من الحنطة لانتشاره ووقها فيها وكثرة الحاجة الى سقيها فكان خلافا لى شرفي ضمن مانتقصها (ولا أجر له) لانه غاصب للارض على ما قرره

كما اذا حمل الحديد وقد شرط له الحنطة قال (وان استأجر جالا ليحمل له طعاما في طريق كذا فأخذ في طريق غيره يسلكه الناس فهلك المتاع فلا ضمان عليه وان بلغ فله الاجر) وهذا اذا لم يكن بين الطريقتين تفاوت لان عدم ذلك التقيد غير مفيد أما اذا كان تفاوت يضمن لجهة التقيد فان التقيد مفيد الا ان الظاهر عدم التفاوت اذا كان طريقا يسلكه الناس فلم يفصل (وان كان طريقا لا يسلكه الناس فهلك ضمن) لانه صح التقيد فصار مخالفا (وان بلغ فله الاجر) لانه ارتفع الخلاف معنى وان بقي صورة قال (وان حمله في البحر فيما يحمله الناس في البر ضمن) لفحش التفاوت بين البر والبحر (وان بلغ فله الاجر) لحصول المقصود وارتفاعه معنى قال (ومن استأجر أرضا ليزرعها حنطة فزرعها رطبة ضمن مانتقصها) لان الرطاب أضرب بالارض من الحنطة لانتشاره ووقها فيها وكثرة الحاجة الى سقيها فكان خلافا لى شرفي ضمن مانتقصها (ولا أجر له) لانه غاصب للارض على ما قرره

من الضمان على المالك كالمودع بخلاف المستعير وكذلك مؤنة الرد على المالك في الاجارة كما في الوديعة بخلاف الاعارة قلت هذا هو الذي تشب به عيسى بن أبان في الطعن في جواب الكتاب ولكننا نقول رجوعه بالضمان للغرور والتمكين بعقد المعاوضة وذلك لا يدل على ان يده ليست كيد نفسه كالمشتري يرجع بضمان الغرور وكذلك مؤنة الرد عليه لما قلنا من المنفعة في النقل فأما بد المستأجر يده نفسه لانه هو المتفقد في استئصال العين المستأجر اذ لو لم يكن له في استئصال العين نفع لما اختار استئصال العين على ماله من الاجرة اه وعلى هذا المنوال ذكر طعن عيسى بن أبان والجواب عنه في كثير من الشروح وعزاه في الكفاية الى المبسوط وقال في العناية قيل الخاق الاعارة بالاجارة بقوله وكذلك العارية وعكسه ليس بمستقيم ثبوت التفرقة بينهما فان بد المستأجر كيد المالك حيث يرجع بما يلحقه من الضمان على المالك كالمودع ومؤنة الرد على المالك كما في الوديعة بخلاف الاعارة والجواب ان الاتحاد بين الشئيين من كل وجه يرفع التعدد فلا بد من تفرقة لتحقيق الاتحاد والحق في المناط كافي للاتحاد وهو موجود فان المناط هو التجاوز عن المسمى متعددا بام الرجوع اليه فيما لم يكن الحفظ فيه مقصودا وذلك موجود فيهما لا محالة اه (أقول) هذا الجواب ليس بمستقيم لان الاتحاد في المناط المزبور غير كاف للاتحاد على تقدير ثبوت التفرقة المذكورة في الطعن بل لا يكون ذلك مناطا للاتحاد في حكم الضمان فان بد المستأجر ان كان كيد المالك كان تعدد المستأجر بالتجاوز عن المسمى في حكم تعدد المالك في مال نفسه فلا ينبغي أن يضمن المستأجر شيئا بخلاف المستعير فلا يتم الحاق واحد من الاجارة والعارية بالآخرى فالصواب في الجواب منع ثبوت التفرقة المذكورة بجمع دلالة ما ذكر في الطعن على كون بد المستأجر كيد المالك كما هو حاصل ما ذكر في النهاية وسائر الشروح على ما نقلناه آنفا (قوله كما اذا حمل الحديد وقد شرط له الحنطة) قال صاحب العناية فيه نظرا لانه عكس ما نحن فيه من المثال الا اذا جعل ذلك مثالا للخالفة فقط من غير نظر الى الانبساط وعدمه اه وقال الشارح العيني بعد نقل ما قاله صاحب العناية قلت ليس فيه عكس لان الحديد قدر وزن الحنطة المشروطة لا يأخذ من ظهور الدابة قدر ما تأخذ الحنطة وهذا ظاهر اه (أقول) بل فساد كلامه ظاهر لان تعديله يتنافى ما ادعاه فان الحديد الذي هو قدر وزن الحنطة المشروطة اذا لم يأخذ من ظهور الدابة قدر ما تأخذ

أو مخالفة الى خير وزرع ما هو أضربها كالرطاب فيمن استأجر هالزراعة الحنطة فخالفة الى شيء يصير به المستأجر غاصبا فيجب عليه ضمان مانقص وبسقط الاجر لان الاجر والضمان لا يجتمعان اذا لاجر يستلزم عدم التعدي والضمان يستلزمه وتنافي الوازم يدل على تنافي الملتزمات

وقوله (ومن دفع الى خياط ثوبا) ظاهر وقوله (ويبتغى به انتفاع القميص) يريد بستر العردة ودفع الحر والبرد وقوله (لقصور جهة الموافقة) لان صاحب الثوب رضى بالمسمى مقابل بخياطة القميص دون القباء والباقي ظاهر

باب الاجارة الفاسدة

تأخير الاجارة الفاسدة عن صحيحها لا يحتاج الى معذرة لوقوعها في محلها قال (الاجارة تفسد بالشروط) تفسد الاجارة بالشروط التي فساد البيع بها لانها بمنزلة في كون كل واحد منهما يقبل الاقالة والفسخ والواجب في الاجارة التي فسدت بالشروط الاقل من أجر المثل والمسمى وانما جعلت اللام في قوله في الاجارة الفاسدة للعهد كما رأيت لسياق الكلام ودفع الما قبل الاقل من الاجر والمسمى انما يجب اذا فسد بشرط أما اذا فسدت لجهالة المسمى أو لعدم التسمية وجب أجر المثل بالغاما بلغ نقله في النهاية عن الذخيرة والمغني وقتاوى فاضيلان

(قوله لان صاحب الثوب الخ) (١٧٤) أقول لتعليل لقوله يجب أجر المثل بعد ما علل بقوله لقصور جهة الموافقة

أي يجب أجر المثل ولا يجب المسمى لقصور جهة الموافقة لان صاحب الثوب الخ

باب الاجارة الفاسدة

(قوله وانما جعلت اللام في

قوله في الاجارة الفاسدة للعهد

كما رأيت لسياق الكلام

ودفع الما قبل الاقل من

الاجر والمسمى انما يجب اذا

فسدت بشرط أما اذا فسد

لجهالة المسمى الخ) أقول

وان كان بعضه معلوما

وبعضه غير معلوم كما اذا

استأجر الدار أو الحمام على

أجرة معلومة بشرط أن

يعمرها أو يرميها وقالوا اذا

استأجر الدار على أن لا يسكنها

المستأجر فسدت الاجارة

ويجب عليه ان يسكنها أجر

المثل بالغاما بلغ كذا في شرح الزيلعي فتأمل اذا كان الحال ما سمعت هل يدفع مادة الاعتراض يجعل اللام للعهد

قال في المحيط السبرهاني اذا تكرر دار من رجل سنة بمائة درهم على أن لا يسكنها فالاجارة فاسدة لانه شرط في الاجارة ما لا يقضيه

العقد ولأن أجره منفعة فانه اذا لم يسكن فيها المستأجر لا يتلئ بتر الوضوء والمخرج واذا سكن يتلئ واصلاح ذلك على التجار

فكان للاجر فيه منفعة من ذلك الوجه انتهى قال الاتقاني في شرح قوله ومن دفع الى حائك غزلا ليسجه بالنصف الخ لو قال آجرتك

هذه الدار شهر ابعشرة على أن لا تسكنها فسدت هذه الاجارة وان سكنها يجب أجر المثل بالغاما بلغ زاد على المسمى ولا ينقص عنه وهذا

أيضاً يرجع الى جهالة المسمى في الحقيقة كذا قال الامام فخر الدين فاضيلان انتهى ولعل وجهه أن العاقد قد لم يجعل المسمى بمقابلة

المنافع حيث شرط المستأجر ان لا يسكن ولا بمقابلة التسليم لانه لا يتحقق مع فساد العقد لان التسليم هو التخلية وهي التمكن كما ينبغي

وذلك لا يتحقق مع الفساد لوجود المنع من الانتفاع به شرعا فأشبه المنع الحسي من العباد وقد مر فاذا سكن فقد استوفى منافع ليس

في مقابلته بديل فيجب أجر المثل بالغاما بلغ كما اذا لم يذ كر في العقد تسمية أصلا ولا ينقص عن المسمى لان المستأجر رضى بالمسمى بدون

الانتفاع فعند الانتفاع أولى فليشتر وألله الهادي (قوله بالغاما بلغ) أقول لا تنفاه المرجع عنه

قال (ومن دفع الى خياط ثوبا بخياطة قميصا بدرهم فخطه قباء فان شاء ضمنه قيمة الثوب وان شاء أخذ القباء وأعطاه أجر مثله لا يجاوز به درهمان) قيل معناه القرطف الذي هو ذو طاق واحد لانه يستعمل استعمال القميص وقيل هو مجرى على اطلاقه لانهم ما يتفاوتان في المنفعة وعن أبي حنيفة أنه يضمنه من غير خيار لان القباء خلاف جنس القميص ووجه الظاهر أنه قبص من وجهه لأنه بشروطه فن هذا الوجه يكون مخالفا لان القميص لا يشترط في انتفاع القميص فعبات الموافقة والمخالفة فيميل الى أي الجهتين شاء الا أنه يجب أجر المثل لقصور جهة الموافقة ولا يجاوز به الدرهم المسمى كما هو الحكم في سائر الاجارات الفاسدة على ما ينبغي في باب ان شاء الله تعالى ولو خطه سراويل وقد أمر بالقباء فيميل يضمن من غير خيار لا يتفاوت في المنفعة والاصح انه يخير للاتحاد في أصل المنفعة وصار كما اذا أمر بضرب طست من شبه فضرب منه كوزا فانه يخير كذا هذا والله أعلم

باب الاجارة الفاسدة

قال (الاجارة تفسد بالشروط) كانه فسد البيع) لانه بمنزلة ان ترى أنه عقد يقال ويفسخ (والواجب في الاجارة الفاسدة أجر المثل لا يجاوز به المسمى)

الخطة المشروطة تعين العكس حيث كان ما حمله المستأجر على الدابة وهو الحديد أقل انبساطا على ظهر الدابة مما شرطه له في العقد وهو الخطة وقد كان فيما نحن فيه ما وضعه المكترى على الحمار وهو الاكف أكثر انبساطا مما عين له في العقد وهو السرج وهو عكس ذلك لا محالة

باب الاجارة الفاسدة

تأخير الاجارة الفاسدة عن صحيحها لا يحتاج الى معذرة لوقوعها في محلها كما لا يخفى (قوله والواجب في الاجارة الفاسدة أجر المثل لا يجاوز به المسمى) قال جهوم والسراج أي الواجب فيها هو الاقل من أجر

المثل

المثل بالغاما بلغ كذا في شرح الزيلعي فتأمل اذا كان الحال ما سمعت هل يدفع مادة الاعتراض يجعل اللام للعهد قال في المحيط السبرهاني اذا تكرر دار من رجل سنة بمائة درهم على أن لا يسكنها فالاجارة فاسدة لانه شرط في الاجارة ما لا يقضيه العقد ولأن أجره منفعة فانه اذا لم يسكن فيها المستأجر لا يتلئ بتر الوضوء والمخرج واذا سكن يتلئ واصلاح ذلك على التجار فكان للاجر فيه منفعة من ذلك الوجه انتهى قال الاتقاني في شرح قوله ومن دفع الى حائك غزلا ليسجه بالنصف الخ لو قال آجرتك هذه الدار شهر ابعشرة على أن لا تسكنها فسدت هذه الاجارة وان سكنها يجب أجر المثل بالغاما بلغ زاد على المسمى ولا ينقص عنه وهذا أيضاً يرجع الى جهالة المسمى في الحقيقة كذا قال الامام فخر الدين فاضيلان انتهى ولعل وجهه أن العاقد قد لم يجعل المسمى بمقابلة المنافع حيث شرط المستأجر ان لا يسكن ولا بمقابلة التسليم لانه لا يتحقق مع فساد العقد لان التسليم هو التخلية وهي التمكن كما ينبغي وذلك لا يتحقق مع الفساد لوجود المنع من الانتفاع به شرعا فأشبه المنع الحسي من العباد وقد مر فاذا سكن فقد استوفى منافع ليس في مقابلته بديل فيجب أجر المثل بالغاما بلغ كما اذا لم يذ كر في العقد تسمية أصلا ولا ينقص عن المسمى لان المستأجر رضى بالمسمى بدون الانتفاع فعند الانتفاع أولى فليشتر وألله الهادي (قوله بالغاما بلغ) أقول لا تنفاه المرجع عنه

يجب بالغام بالغ اعتبارا
بييع الاعيان فان البيع
اذا فسد وجب القيمة بالغة
ما بلغت وهذا بناء على أن
المنافع عنده كالاعيان ولما
أن تقوم المنافع ضرورة دفع
الحاجة بالعقد والضروري
يتقدر بقدر الضرورة
والضرورة تندفع بالصحة
فيكتفي بها وهذا كما ترى
بقضى عدم اعتبار الاجارة
الفاسدة الآن الفاسدة
تبع للصحة فيثبت فيها
ما ثبت في الصحة عادة
وهو قدر أجر المثل وهذا
يقضى لزوم الأجر المسمى
بالغام بالغ لكنهما اذا انفقا
على مقدار في الفاسد
سقطت الزيادة وهذا
يقضى لزوم الأجر المسمى
بالغام بالغ اكن لما كانت
القسمية فاسدة لم يجب من
المسمى ما زاد على أجر المثل
فاستقر الواجب على ما هو
الاقل من أجر المثل والمسمى
بخلاف البيع فان العين
متقوم في نفسه وهو أي
القيمة هو الموجب الاصل
وانما ذكره لئلا يكون
فان صحت التسمية انتقل
عنه والا فلا

وقال زفر والشافعي يجب بالغام بالغ اعتبارا ببيع الاعيان ولنا أن المنافع لا تقوم بنفسها بل بالعقد
لحاجة الناس فيكتفي بالضرورة في الصحيح منها الآن الفاسد تبع له ويعتبر ما يجعل بدلا في الصحيح عادة
لكنهم ما اذا انفقا على مقدار في الفاسد فقد أسقطا الزيادة واذا نقص أجر المثل لم يجب زيادة المسمى
لفساد التسمية بخلاف البيع لان العين متقومة في نفسها وهي الموجب الاصل فان صحت التسمية
انتقل عنه والا فلا

المثل ومن المسمى وقالوا هذا الحكم اذا كان فساد الاجارة بسبب شرط فاسد لا باعتبار جهالة المسمى
ولا باعتبار عدم التسمية لانه لو كان باعتبار واحد منهما يجب الأجر بالغام بالغ كما صرح به في الذخيرة
والمغني وفتاوى قاضيان وقال صاحب العناية والواجب في الاجارة التي فسدت بالشروط الاقل من
أجر المثل والمسمى وقال انما جعلت اللام في قوله في الاجارة الفاسدة للعهد كما رأيت بسياق الكلام ودفعنا
لما قبل الاقل من الأجر ومن المسمى انما يجب اذا فسد بشرط أما اذا فسد لجهالة المسمى أو لعدم
التسمية وجب أجر المثل بالغام بالغ نقله في النهاية عن الذخيرة والمغني وفتاوى قاضيان اه كلامه
(أقول) في نفسه شيء أما أولا فلا ن قوله والواجب في الاجارة الفاسدة أجر المثل الخ لفظ القدوري
في مختصره ولادالة لسياق كلامه على كون اللام في قوله المذ كور للعهد لان قوله الاجارة تفسد
بالشرط كما يفسد البيع لم يذ كور في مختصره قيل قوله المذ كور بل ذ كور قبل مقدار الوقتين ووقع
بينهما مسائل كثيرة من مسائل الاجارة الصحيحة والفاسدة بحيث لم يبق بينهما ارتباط فلامعنى لان يجعل
سياق الكلام على جعل اللام في قوله المذ كور للعهد نعم قد ذكر ذلك في البداية والهداية فيقول قوله
المذ كور كما ترى لكن الكلام في تصحيح كلام القدوري وأما ثانيا فلا ن قوله لو كان اللام في القول المذ كور
للعهد وكان المعنى ما ذكره لزم أن يكون المذ كور في باب الاجارة الفاسدة حكم نوع مخصوص فقط
من الاجارة الفاسدة وهو ما فسد بالشرط وأن يكون حكم باقي أنواعها وهي ما فسد لجهالة المسمى
وما فسد لعدم التسمية بالاجاع وما فسد بالشيوع عند أبي حنيفة متروك الذي كره بالكلية غير مبين
أصلا لا في مختصر القدوري ولا في البداية ولا في الهداية ولا في عامة المعتمدين وهذا مما لا تقبله الفطرة
السليمة وأما ثالثا فلا ن انه ان دفع يجعل اللام في القول المذ كور للعهد ما قبل على الوجه الذي ذكره
يرد عليه أن يقال من الاجارة الفاسدة بالشرط ما لا يجب فيه الاقل من أجر المثل ومن المسمى بل يجب
فيه أجر المثل بالغام بالغ كما اذا استأجر دارا أو حائطا سنة بمائة درهم على أن يرميها المستأجر فان الواجب
على المستأجر هناك أجر المثل بالغام بالغ صرح به في فتاوى قاضيان وغيرهما وذكر في النهاية أيضا نقلنا
عن فتاوى قاضيان الى غير ذلك من النظائر التي صرح بها في المعتمدين فينتقض عمل ذلك قوله الواجب
في الاجارة التي فسدت بالشرط الاقل من أجر المثل والمسمى * ثم أقول الحق عندي ان اللام
في القول المذ كور ليس للعهد كما زعمه صاحب العناية بل هو للاستعراق أو الجنس وانه لا حاجة الى
تقييد الحكم المذ كور بأنه فيما اذا كان فساد الاجارة بسبب شرط فاسد لا باعتبار جهالة المسمى ولا
باعتبار عدم التسمية كما ذهب اليه جمهور الشراح وذلك لان معنى الكلام أن الواجب في الاجارة
الفاسدة أجر المثل لا يجوز به المسمى اذا كان هناك مسمى معلوم لان مجاوزة المسمى انما تصور فيه
فانه اذا لم يكن هناك أجر مسمى أو كان المسمى مجهولا لا يمكن أن يجاوز المسمى شيء أصلا لقطع بأن
المجاوزة تقتضي الحسد المعلوم فيلغوا أن يقال هناك لا يجاوز المسمى بأجر المثل فصار لمخلص المعنى أن
الواجب في الاجارة الفاسدة أجر المثل الآن يكون هناك مسمى معلوم فينتقل لا يجوز به المسمى بل
يجب الاقل من مسمى ما علم منه حكم الاجارة الفاسدة مطلقا وهو وجوب أجر المثل بالغام بالغ ان لم يكن

قال المصنف (لان الفاسد
تبع له) أقول ينبغى أن
يكون ههنا مقدمة مطوية
مثل أن يقال ولا يلزم عدم
اعتبار الفاسد وفي بعض
النسخ الآن الفاسد تبع له وهذه النسخة ظاهرة

(ومن استأجر دارا كل شهر بدرهم صح في شهر واحد الآن يسمى جلة الشهور) مثل أن يقول عشرة أشهر كل شهر بدرهم (لان الاصل أن كلمة كل اذا دخلت فيما لانهاية تنصرف الى الواحد لتعذر العمل بالعموم) لان جلة الشهور مجهولة والبعض منها غير محصور كذلك ومحصورا ترجع بلا مرجح (والواحد منها معلوم) متيقن (فصح العقد فيه واذا تم الشهر كان لكل واحد منهما أن ينقض الاجارة لانتهاء العقد الصحيح) وهل يلزم ان يكون النقص بمحض الآخر ولا يختلف المشايخ فيه ففهم من يقول انه لا يصح من غير محضر صاحبه على قول أبي حنيفة ومحمد ويصح (١٧٦) على قول أبي يوسف ومنهم من يقول انه لا يصح بغير محضره بخلاف روجه

ذلك مذكور في المطولات (فان سكن ساعة من الشهر الثاني صح العقد فيه) أيضا (ولم يكن للزوج أن يخرج به الى أن ينقض الشهر وكذا كل شهر سكن في أوله لانه تم العقد فيه بتراضيهما بالسكنى في أوله الآن الذي ذكره في الكتاب) أي القدوري (هو القياس واليه مال بعض المتأخرين وظاهر الرواية أن يبقى الخیار لكل واحد منهما في القبلة الاولى وبومها من الشهر الثاني لان في اعتبار الاول بعض الحرج) واختلّفوا في كيفية الفسخ في رأس الشهر الثاني بناء على أن رأسه عبارة عن الساعة التي يهل فيها الهلال فكما أهل مضى رأس الشهر والفسخ بعد ذلك فسخ بعد مضى مدة الخيار وقبل ذلك فسخ قبل مجي موقته وكلاهما لا يجوز ذلك وكرهوا لذلك طر فانه ثلاثة منها أن يقول الذي يريد به الفسخ في خلال الشهر فسخت

قال (ومن استأجر دارا كل شهر بدرهم فالعقد صحيح في شهر واحد فاسد في بقية الشهور الآن يسمى جلة شهور معلومة) لان الاصل أن كلمة كل اذا دخلت فيما لانهاية تنصرف الى الواحد لتعذر العمل بالعموم فكان الشهر الواحد معلوما فصح العقد فيه واذا تم كان لكل واحد منهما أن ينقض الاجارة لانتهاء العقد الصحيح (ولو سمي جلة شهور معلومة جاز) لان المدة صارت معلومة قال (وان سكن ساعة من الشهر الثاني صح العقد فيه ولم يكن للزوج أن يخرج به الى أن ينقض) وكذلك كل شهر سكن في أوله ساعة) لانه تم العقد بتراضيهما بالسكنى في الشهر الثاني الآن الذي ذكره في الكتاب هو القياس وقد مال اليه بعض المشايخ وظاهر الرواية أن يبقى الخیار لكل واحد منهما في القبلة الاولى من الشهر الثاني وبومها لان في اعتبار الاول بعض الحرج قال (وان استأجر دارا سنة بعشرة دراهم جاز وان لم يبين قسط كل شهر من الاجرة) لان المدة معلومة بدون التقسيم فصار كاجارة شهر واحد فانه جاز وان لم يبين قسط كل يوم ثم يعتبر ابتداء المدة مما سمى وان لم يسم شيأ فهو من الوقت الذي استأجره

هناك مسمى معلوم وجوب الاقل من أجر المثل ومن المسمى ان كان هناك مسمى معلوم والحاصل أن الشراح جعلوا وجوب الاقل من أجر المثل ومن المسمى معنى مجموع الكلام المذكور فوقه وفيما وقعوا واذا جعل ذلك معنى آخر الكلام المذكور وهو قوله لا يجاوز المسمى وأبقى أوله على ظاهره وهو وجوب عين أجر المثل كما فعلناه كان حكم الاجارة الفاسدة مطلقا مستوفى بالكلية في الكتاب ولا يلزم شيء من المحذورات فتأمل وكن الحاكم الفصل (قوله ومن استأجر دارا كل شهر بدرهم فالعقد صحيح في شهر واحد فاسد في بقية الشهور) قال تاج الشريعة فان قلت لو كان فاسدا الجاز الفسخ في الحال قلت الاجارة من العقد والمضافة وانقضاء الاجارة في أول الشهر فقبل الانقضاء كيف تنفسخ انتهى وتبعه الشارح العيني في السؤال والجواب (أقول) في الجواب نظر لان انقضاء الاجارة وان كان في أول الشهر الآن انعقد هاته تحق في الحال بالايجاب والقبول فلم لا يكفي في جواز الفسخ كون الفسخ بعد تحقق العقد وقد مر في أول كتاب الاجارة ان الاجارة مطلقا تسعة ساعات فساعة على حسب حدوث المنفعة فقالوا في توجيه تراخي الانقضاء الى حدوث المنافع ساعة فساعة مع وجود علته في الحال وهي العقد ان الانقضاء حكم الشرع والعلل الشرعية تغاير العال العقلية في جواز انفكاكها من معلولاتها ولم يحز الفسخ قبل أو ان الانقضاء لم يكف كونه بعد تحقق العقد الذي هو سبب الانقضاء لما جاز فسخ الاجارة الصحيحة أيضا به مذكرا وعيب قبل استيفاء المنافع بتمامها فانه اذا لم يتحدد جزء من المنافع لم يتحقق الانقضاء في حقه فيلزم الفسخ قبل الانقضاء بالنظر اليه مع أنه لا شك في جواز ذلك كما صرحوا به فاطمينة وسيجي في الكتاب (قوله واذا تم كان لكل واحد منهما أن ينقض الاجارة لانتهاء العقد الصحيح) قال

العقد رأس الشهر فينفسخ العقد اذا أهل الهلال فيكون هذا فسخا مضافا الى رأس الشهر وعقد الاجارة يصح مضافا في فكذا فسخته (فان استأجر دارا سنة بعشرة دراهم صح وان لم يبين قسط كل شهر من الاجرة لان المدة معلومة بدون التقسيم فصار كاجارة شهر واحد ويعتبر ابتداء المدة مما سمى) بأن يقول من شهر رجب من هذه السنة مثلا (وان لم يسم شيأ فهو من الوقت الذي استأجره

(قوله والبعض منها غير محصور كذلك) أقول أي مجهول (قوله ومحصورا ترجع بلا مرجح) أقول فيه مسامحة والمراد في اعتباره ترجيح بلا مرجح

في المحيط البرهاني وفي الاصل اذا استأجر الرجل من آخر دارا كل شهر بعشرة دراهم فان أباح خيفة قال هذا جائز ولكل واحد منهما أن ينقض الاجارة في رأس الشهر فان سكن يوما أو يومين لزومه الاجارة في الشهر الثاني واختلفت عبارة المشايخ في تخريج المسئلة بعضهم قال أراد بقوله جائز أن الاجارة في الشهر الاول جائزة فأما فيما بعد ذلك من الشهور فالاجارة فاسدة لجهالة المدة الا انه اذا جاء الشهر الثاني ولم يفسخ كل واحد منهما الاجارة في رأس الشهر جازت الاجارة في الشهر الثاني لأن الشهر الثاني صار كالشهر الاول وبعضهم قال لا بل الاجارة جائزة في الشهر الثاني والثالث كما جازت في الشهر الاول واطلاق محمد رحمه الله في الكتاب يدل عليه وانما جازت الاجارة فيما وراء الشهر الاول وان كانت المدة مجهولة لتعامل الناس من غير تكبر منكر وانما ثبت الخيار لكل واحد منهما رأس كل شهر وان كانت الاجارة جائزة فيما زاد على الشهر الاول لنوع ضرورة بيان أن موضوع الاجارة أن لا تزيد الرقبة عن ملك المؤجر ولا تجعله ملكا للمستأجر ومتى لم يثبت الخيار لكل واحد منهما رأس الشهر زال رقبة المستأجر عن ملك المؤجر معنى لانه لا يملك سكناها ولا بيعها ولا هبتها أبد الدهر لانه لا نهاية لجملة الشهور وهذا لا يجوز لهذه الضرورة كان لكل واحد منهما الخيار بين الفسخ والمضي في رأس كل شهر وان كانت الاجارة جائزة في الشهر وفيما زاد على الشهر وقال الآن المشايخ بعد هذا الاختلاف في كيفية إمكان الفسخ لكل منهما رأس كل شهر وانما اختلفوا الآن رأس الشهر في الحقيقة عبارة عن الساعة التي يهل فيها الهلال فكما اهل الهلال مضى رأس الشهر فلا يمكن الفسخ بعد ذلك لمضي وقت الخيار وقبل ذلك لا يمكنه الفسخ لانه لم يحن وقته والصحيح في هذا أحد الطرق الثلاثة اما أن يقول الذي يريد الفسخ قبل مضي المدة فسخت الاجارة فتم وقف هذا الفسخ الى انقضاء الشهر واذا انقضى الشهر وأهل الهلال على الفسخ حينئذ عمله ونفذ لانه لم يجد نفاذا في وقته والفسخ اذا لم يجد نفاذا في وقته يتوقف الى وقت نفاذه وبه كان يقول أبو نصر محمد بن سلام البلخي وتظهر هذا ما قاله محمد رحمه الله في البيوع اشترى عبد اعلی أنه بالخيار فحم العبد وفسخ المشتري العقد بحكم الخيار لم ينفذ هذا الفسخ بل يتوقف الى أن يزول الحجب في مدة الخيار وقال في المضاربة رب المال اذا فسخ المضاربة وقد صار مال المضاربة عروضا لم ينفذ الفسخ للمال بل يتوقف الى أن يصير مال المضاربة دراهم أو دنانير فينفذ هذا الفسخ حينئذ كذا ههنا أو يقول الذي يريد الفسخ في خلال الشهر فسخت العقد رأس الشهر فينفسخ العقد اذا أهل الهلال ويكون هذا انفساخا فالى رأس الشهر وعقد الاجارة يصح مضافا كذا فسخه يصح مضافا أو يفسخ الذي يريد الفسخ في الليلة التي يهل فيها الهلال وبومها وهذا القائل يقول لم يرد محمد بقوله لكل واحد منهما ما أن ينقض الاجارة رأس الشهر من حيث الحقيقة وهو الساعة التي يهل فيها الهلال وانما أراد به رأس الشهر من حيث العرف والعادة وهي الليلة التي يهل فيها الهلال أو بومها وهكذا قال محمد رحمه الله في كتاب الايمان اذا حلف الرجل يقضي حق فلان رأس الشهر فضاء في الليلة التي يهل فيها الهلال أو في بومها لم يحن استحسانا الى هذا اللفظ المحيط وهكذا ذكر في الذخيرة أيضا ونقله صاحب النهاية عن الاخيرة بنوع اجمال منه (أقول) لقائل أن يقول الطريق الاول والثاني من الطرق الثلاثة المذكورة مما لا يساعده عبارة الاثني في وضع هذه المسئلة فان محمد رحمه الله قال في الاصل ولكل واحد منهما أن ينقض الاجارة في رأس الشهر والامام فاضل خان قال في فتاواه رجل أجر داره أو حافوته كل شهر بدرهم كان لكل واحد منهما أن يفسخ الاجارة عند تمام الشهر والمصنف قال ههنا واذا تم كان لكل واحد منهما أن ينقض الاجارة ولا يخفى أن مقتضى هذه العبارات أن يكون ثبوت خيار الفسخ لكل واحد منهما عند تمام الشهر الاول ودخول رأس الشهر الثاني لا قبل ذلك ودلالة ذلك الطريقين على أن يثبت لهما خيار الفسخ في خلال الشهر الاول قبل تمامه * وأقول يمكن أن يقال نفاذ الفسخ وتأثيره في ذلك الطريقين

لان الاوقات كلها في حق الاجارة سواء) لذكر الشهر منكورا وفي مثله يتعين الزمان الذي يعتقب السبب (كافي الايمان) كما اذا حلف لا يكلم فلانا شهرا بدلالة الحال لان الظاهر من حال العاقل ان يقصد صحة العقد وحمته بذلك لتعينه بعدم المزاحم) بخلاف ما اذا قال الله على أن أصوم شهرا) حيث لا يتعين الشهر الذي يعتقب نذره ما لم يتعين لان الاوقات كلها ليست فيه على السواء (لان الليالي ليست بمعمل له) توضيحه ان الشروع في الصوم لا يكون (١٧٨) الا بزيمة منه وربما لا يقتصر ذلك بالسبب (ثم ان كان العقد حين يهل الهلال)

لان الاوقات كلها في حق الاجارة على السواء فاشبه اليمين بخلاف الصوم لان الليالي ليست بمعمل له (ثم ان كان العقد حين يهل الهلال فشهرا السنة كلها بالاهلة) لانها هي الاصل (وان كان في أثناء الشهر فالكل بالايام) عند أبي حنيفة وهو رواية عن أبي يوسف وعند محمد وهو رواية عن أبي يوسف الاول بالايام والباقي بالاهلة لان الايام يصار اليها ضرورة والضرورة في الاول منها وله أنه متى تم الاول بالايام ابتداء الثاني بالايام ضرورة وهكذا الى آخر السنة ونظيره العدة وقد دمر في الطلاق قال (ويجوز أخذ أجرة الحمام والحمام) أما الحمام فلتعارف الناس ولم تعتبر بالجهالة لاجماع المسلمين قال عليه الصلاة والسلام ما رآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسنا وأما الحمام فلما روى أنه صلى الله عليه وسلم احتجم وأعطى الحمام الاجرة ولانه استنجأ على عمل معلوم بأجر معلوم فبيع جائزا

أيضا عند أن ينقضي الشهر الاول وأهل هلال الشهر الثاني وان كان التكلم بالنسخ فيهما في خلال الشهر الاول فيجوز أن تكون تلك العبارات في وضع هذه المسئلة بناء على أن ظهور أثر نبوت الخيارات لكل واحد منهما عند تمام الشهر الاول ودخول رأس الشهر الثاني هذا غاية ما يمكن في توجيه الطريقين المزبورين وان كان ينبوعه ظاهرا فقط ثم ان الامام الزبلي رد على من قال من المشايخ في تخريج هذه المسئلة ان العقد جائز في الشهر الثاني والثالث أيضا لتعامل الناس من غير تكبر منكر لأن لكل واحد منهما خيار القسح رأس كل شهر لنوع ضرورة حيث قال في شرح الكنز ولا معنى لقول من قال من المشايخ ان العقد صحيح في الشهر الثاني والثالث أيضا لتعامل الناس لان التعامل اذا كان مخالفا للدليل لا يعتبر انتهى (أقول) بل لا معنى لما قاله الزبلي لان التعامل اذا وقع من غير تكبر منكر فقد حل محل الاجماع وفيما نحن فيه وقع كذلك على ما صرح به من قال من المشايخ بجواز العقد في كل الشهور والاجماع دليل قطعي والدليل الذي خالفه التعامل ههنا انما هو كون جهالة المدة مقسدة للعقد وهو موجب القياس والقياس دليل ظني لا يصلح لمعارضة الدليل القطعي أصلا فضلا عن أن لا يعتبر القطعي في مقابله على أنه قد تقرر عندهم ان الجهالة المفسدة للعقد انما هي الجهالة المفضية الى النزاع دون مطلق الجهالة كما مر في البيوع وجهالة المدة فيما نحن فيه ليست بمفضية الى النزاع اذ لكل واحد منهما ما ينقض العقد في رأس كل شهر فكيف يقع النزاع (قوله لان الاوقات كلها في حق الاجارة على السواء) قال صاحب العناية في تعليقه لذكر الشهر منكورا وتبعه الشارح العيني (أقول) ليس ذلك بسديد أما اول فلان المذكور في المسئلة هو السنة دون الشهور وأما ثانيا فلان المذكور في مسئلة النذر بالصوم أيضا منكم ومع أن الجواب مختلف والصواب في تعليل ذلك أن يقال لان كل الاوقات محل للاجارة اذ لا منافاة بين الاجارة وبين وقت ما أصلا فان هذا التعليل هو الفارق بين المسئلتين وهو الموافق لقول المصنف بخلاف الصوم لان الليالي ليس بمعمل له تبصر (قوله ثم ان كان العقد حين يهل الهلال) قال صاحب النهاية بضم الباء وفتح الهاء على صيغة بناء المفعول أي يبصر الهلال وقال أراد به اليوم الاول ورد عليه صاحب الغاية حيث قال فسر به ضمهم في شرحه قوله حين يهل بقوله أراد به اليوم الاول وفيه نظر لانه ليس حين يهل الهلال بل

على بناء المفعول أي يبصر (فشهرا السنة كلها بالاهلة) لانها الاصل في الشهور العربية فهما كان العمل به يمكننا بصار الى غيره (وان كان في أثناء الشهر فالكل بالايام عند أبي حنيفة وهو رواية عن أبي يوسف) ثلثائة وستين يوما (وعند محمد وهو رواية عن أبي يوسف ان الاول بالايام والباقي بالاهلة) فيكون أحد عشر شهرا بالهلال وشهر بالايام يكمل ما بقي من الشهر الاول من الشهر الاخير (لان الايام يصار اليها ضرورة والضرورة في الاول منها) فلا يتعدى الى غيره (ولابي حنيفة أن تمام الاول واجب ضرورة تسميته شهرا أو عامه انما يكون ببعض الثاني فاذا تم الاول بالايام ابتداء الثاني فالايام ضرورة وهكذا الى آخر السنة ونظيره العدة وقد مر في الطلاق قال صاحب النهاية هذه حوالة غير راجحة فان مثل هذا الاختلاف على أن الشهر كلها عند أبي حنيفة روجه الله بالايام وعندده الباقي بعد الاول والاخير بالاشهر

لم يجز في الطلاق وما يتعلق به وهو شهر منه لان المصنف قال في كتاب الطلاق ثم ان كان الطلاق بالاهلة في أول الشهر أو تعتبر الشهور بالاهلة وان كان في وسطه فبالايام في حق التفريق وفي حق العدة كذلك عند أبي حنيفة وعنددهما يكمل الاول بالاخير والمتوسط بالاهلة وهي مسئلة الاجارات قال (ويجوز أخذ أجرة الحمام والحمام الخ) استجارا للحمام والحمام وأخذ أجرتهم ما جازا أما الحمام فلجريان العرف بذلك والقياس عدم الجواز

(قوله لذكر الشهر منكورا) أقول فيه بحث فان النذر أيضا كذلك

لجهالة ولكنه ترك الاجماع المسلمين قال صلى الله عليه وسلم ما رآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن وأما الحجام فلما روى أن النبي عليه الصلاة والسلام احتجهم وأعطى الحجام الأجرة ولأنه استجار على عمل معلوم بأجره معلوم بلا مانع معلوم فيقع جائزا وانما ذكره ما في الاجارة الفاسدة مع كونه جائزا لان لبعض الناس فيه خلافا فان بعض العلماء كرهه غلة الحجام أخذنا بظاهر قوله صلى الله عليه وسلم الحجام شر بيت ومنهم من فصل بين حجام الرجال وحجام النساء فذكره النساء فذكره الحجام للتساوي لانهم نهي عن البروز وأمرن بالقرار وروى عن أحمد بن حنبل أنه لم يبح أجرة الحجام وكرهه كسبه عثمان وأبو هريرة رضي الله عنهم ما والحسن والتخي رحه ما الله وروى أبو هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال ان من السحت عصب التيس ومهر البغي وكسب الحجام والعصع عند عامة العلماء أنه لا بأس بالتخاذ الحجام للرجال والنساء جميعا للحاجة والحاجة في حق النساء أظهر لان المرأة تحتاج الى الاغتسال عن الجنابة والحيض والنفاس ولا تتمكن من ذلك في الانهار والحياض تمكن الرجال وقد صح أن النبي صلى الله عليه وسلم دخل حجام الخففة وأبيل ما روى عن الكراهة هو أن يدخل مكشوف العورة فأما بعد التسرف لا بأس بالدخول ولا كراهة في (١٧٩) غلته كالأكره في غلة الدور

والحيوانيت والنهي في كسب الحجام قد انتسخ بما ذكر في آخر حديث أبي هريرة رضي الله عنه فأناه رجل من الانصار فقال اني ناضها وحجاما أفأعلف ناضحي من كسبه قال نعم وأناه آخر فقال ان لي عيالا وحجاما أفأطعم عيالي من كسبه قال نعم فأرخصة بعد النهي دليل انتساخ الحرمة ولا يجوز أخذ أجرة عصب الفحل أي ضرابه (وهو أن يؤجر فلا ينزوي على الاناث) وخرج بعض الشافعية والحنابلة لجوازها وهو أنه انتفاع مباح ولهذا جاز بطريق الاستعارة

قال (ولا يجوز أخذ أجرة عصب التيس) وهو أن يؤجر فلا ينزوي على الاناث لقوله عليه الصلاة والسلام ان من السحت عصب التيس والمراد أخذ الأجرة عليه قال (ولا الاستجار على الاذان والحج وكذا الامامة وتعليم القرآن والفقه) والاصل أن كل طاعة يختص بها المسلم لا يجوز الاستجار عليه عندنا وعند الشافعي رحمه الله يصح في كل ما لا يتعين على الاجير لانه استجار على عمل معلوم غير متعين عليه فيجوز ولنا قوله عليه الصلاة والسلام اقرؤا القرآن ولا تأكلوا به وفي آخر ما عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم الى عثمان بن أبي العاص وان اتخذت مؤذنا فلا تأخذ على الاذان أجرا ولان القرية متى حصلت وقعت عن العامل ولهذا تغبر أهليته فلا يجوز له أخذ الاجر من غيره كافي الصوم والصلاة

هو أول الليلة الأولى من الشهر انتهى كلامه (أقول) نظره ساقط لان صاحب النهاية قد فسر قوله بهل الهلال بقوله أي يبصر الهلال فعلى هذا التفسير كان معنى قوله حين بهل الهلال حين يبصر الهلال وهو أول الليلة من الشهر قطعا وليس مراده بقوله أراد به اليوم الأول تفسير معنى قوله حين بهل الهلال اذ قد علم معناه من تفسيره السابق قطعا بل مراده بذلك بيان أن ليس المراد بقوله حين بهل الهلال في هذه المسئلة معناه الحقيقي وهو أول الليلة من الشهر لتعسر كون العقد فيه بل المراد به معناه العرفي وهو اليوم الأول من الشهر وهذا نظيره ما قالوا في المسئلة الأولى لم يرد محرمه الله برأس الشهر في قوله لكل واحد منهم ما أن ينقض الاجارة رأس الشهر من حيث الحقيقة وهو الساعة التي بهل فيها الهلال بل رأس الشهر من حيث العرف والعادة وهو الليلة التي بهل فيها الهلال ويومها فلا يرد عليه النظر المزبور أصلا (قوله) ولان القرية متى حصلت وقعت عن العامل الخ (أقول)

والحاجة تدعو اليه فكان جائزا كاستجار الطائر للارضاع قلنا هو مخالف لقوله صلى الله عليه وسلم ان من السحت عصب التيس (رواه البخاري) ومراده أخذ الأجرة عليه ولا يجوز الاستجار على الاذان والحج) وكلامه فيه ظاهر (قوله على عمل معلوم غير متعين عليه) إشارة الى الاحتراز عما لو تعين الشخص للامامة والافتاء والتعليم فانه لا يجوز استجاره بالاجماع

قال المصنف (وهو أن يؤجر فلا) أقول كأن المصنف يريد أن في الكلام مجاز حيث أطلق التيس وأريد مطلق الفعل كاطلاق المرسن وأراد مطلق الانف (قوله) ولا يجوز أخذ أجرة عصب الفحل أي ضرابه وهو أن يؤجر فلا ينزوي على الاناث (أقول) قوله وهو أن يؤجر فلا الخ يدل على أن العصب بمعنى الاكره على ما ذكره أرباب اللغة فلا وجه لتفسير الشارح بقوله أي ضرابه ويجوز أن يقال ظاهر اضافة الاجرة الى العصب يقتضي أن يكون العصب بمعنى الضراب تقول المصنف وهو أن يؤجر يكون من قبيل الاستخدام قال المصنف (ومراده أخذ الأجرة عليه) أقول أي المراد من عصب التيس يعني أن المضاف مقدر وفي الصحاح العصب الكراهة الذي يؤخذ على ضرب الفحل ونهى عن عصب الفحل تقول عصب ففعله بعصبه أي اكرهه وعصب الفحل أيضا ضرابه ويقال مأثوه

(وبعض مشايخنا) يريد به مشايخ بلخ رحمهم الله (استحسنوا الاستنجار على تعليم القرآن اليوم) يعني في زماننا وجوزوا له ضرب المدة وأفتوا بوجوب المسمى وعند عدم الاستنجار وعند عدم ضرب المدة أفتوا بوجوب أجر المثل (لأنه ظهر التواني في الامور الدينية في الامتناع تضييع حفظ القرآن) وقالوا انما كره (١٨٠) المتقدمون ذلك لانه كان للأعلمين عطيات من بيت المال فكانوا مستغنين عما لابلهم

من امر معاشهم وقد كان في الناس رغبة في التعليم بطريق الحسبة ولم يبق ذلك وقال أبو عبد الله الخليلي يجوز في زماننا للامام والمؤذن والمعلم أخذ الاجرة ذكره في الذخيرة (ولا يجوز الاستنجار على سائر الملهي لانه استنجار على المعصية والمعصية لا تسحق بالعقد) فانه لو استحقته لكان وجوب ما يستحق المرء به عقابا مضافا الى الشرع وهو باطل قال (ولا يجوز اجارة المشاع عند أبي حنيفة الا من الشريك) ولا يجوز ان يؤجر الرجل نصيبا من داره أو نصيبه من دار مشتركة من غير الشريك عند أبي حنيفة سواء كان النصيب معلوما كالربع ونحوه أو مجهولا (وقالا يجوز لان المشاع له منفعة ولهذا يجب أجر المثل) وماله منفعة يرد عليه عقد الاجارة لانه عقد على المنافع فكان مقتضى موجودا (والمانع) وهو عدم القدرة على التسليم (متفق لانه يمكن بالتقليد أو بالتأثير فصار كما اذا أجر من شريكه أو من رجلين وصار كالبيع ولا يحنيفة

ولان التعليم مما لا يقدر المعلم عليه الا بمعنى من قبل المتعلم فيكون ملتزما ما لا يقدر على تسليمه فلا يصح وبعض مشايخنا استحسنوا الاستنجار على تعليم القرآن اليوم لانه ظهر التواني في الامور الدينية في الامتناع تضييع حفظ القرآن وعليه الفتوى قال (ولا يجوز الاستنجار على الغناء والنوح وكذا سائر الملهي) لانه استنجار على المعصية والمعصية لا تسحق بالعقد قال (ولا يجوز اجارة المشاع عند أبي حنيفة الا من الشريك) وقالوا اجارة المشاع جائزة) وصورته أن يؤجر نصيبا من داره أو نصيبه من داره مشتركة من غير الشريك لهما أن للمشاع منفعة ولهذا يجب أجر المثل والتسليم يمكن بالتقليد أو بالتأثير فصار كما اذا أجر من شريكه أو من رجلين وصار كالبيع ولا يحنيفة أنه أجر مما لا يقدر على تسليمه فلا يجوز

ينقض هذا بما ذكره المصنف في باب الحج عن الغير من كتاب الحج حيث قال ثم طاهر المذهب أن الحج يقع عن المحجوج عنه وبذلك تشبه هذا الاخبار الواردة في الباب كحديث الخنعمية فانه عليه الصلاة والسلام قال فيه يحيى عن أبيك واعتمرى فان ذلك صريح في وقوع القرية عن غير العامل قال صاحب الكافي في تقرير هذا الدليل ولان القرية متى وقعت يقع ثوابها للقائم لا للغيره اه (أقول) يخالف هذا ما صرح به المصنف وصاحب الكافي أيضا في أول باب الحج عن الغير من أن الاصل ان الانسان له أن يجعل ثواب عمله لغيره صلاة كانت أو صوما أو صدقة أو غيرهما عند أهل السنة والجماعة لما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه ضحى بكشين ألمحين أحدهما عن نفسه والاخر عن أمته عن أقر بوحدا نية الله تعالى وشهده بالبلاغ فجعل ثواب فضيحة احدي الساتين لأمته اه فليتأمل (قوله ولان التعليم مما لا يقدر المعلم عليه الا بمعنى من قبل المتعلم فيكون ملتزما ما لا يقدر على تسليمه فلا يصح) أقول فيه بحث لانه ان أريد ان المعلم لا يستقل في التعليم بشئ أصلا فهو ممنوع فان التلقين واللقاء فعل المعلم وحده لا مدخل فيه للتعليم وانما وظيفة الاخذ والفهم وان أريد ان المعلم يضام دخلا في ظهور أثر التعليم وفائدته فان المتعلم مالم يأخذ ما ألقاه المعلم ولم يفهمه مالم يقنه لم يظهر أثر تعليمه أثر وفائدة فهو مسلم ولكن الذي يلتزمه المعلم انما هو فعل نفسه مما يقدر عليه لا فعل الآخر ولا مانع من أخذ الاجرة على فعل نفسه كما لا يخفى فان قلت التعليم والتعليم متحدان بالذات ومختلفان بالاعتبار على ما ذكر في بعض الكتب فيقول أخذ الاجرة على التعليم الى أخذها على التعلم الذي هو فعل الغير قلت اتحاد التعليم والتعلم بالذات أمر غير واضح بل غير مسلم ولو سلم كفي التغاير الاعتباري لنا اذ لا شك في اختلاف التعليم والتعلم في كثير من الاحكام فليكن في أخذ الاجرة عليه كذلك فتأمل (قوله وبعض مشايخنا استحسنوا الاستنجار على تعليم القرآن اليوم لانه ظهر التواني في الامور الدينية في الامتناع تضييع حفظ القرآن وعليه الفتوى) أقول فيما ذهب اليه هؤلاء المشايخ اشكال وهو ان مقتضى الدليل الثاني والدليل الثالث المار بن آتفا أن لا يمكن تحقق ماهية الاجارة وهي عليك المنافع بعوض في الاستنجار على تعليم القرآن ونظيره بناء على عدم القدرة على تسليم ما التزمه المؤجر من المنفعة فكيف يصح استحسان الاستنجار في هاتيك الصور وصحة استحسانه فرع امكان تحقق ماهية الاجارة كما لا يخفى فليتأمل في دفع هذا الاشكال القوي لعله مما

أنه أجر مما لا يقدر على تسليمه) ويمكن توجيهه على وجهين أحدهما أن يكون معارضة وتقديره أجر مما لا يقدر على تسليمه تسكب

(قوله لكان وجوب ما يستحق المرء به عقابا) أقول قوله عقابا مفعول يستحق (قوله أحدهما أن يكون معارضة) أقول وهو الظاهر من تقرير الكلام (قوله وتقديره أجر مما لا يقدر على تسليمه) أقول يعني على تسليمه وحده

(لان تسليم المشاع وحده) سواء كان محتتملا للقسمة كالأرأولا كالعبد (غير متصور) وما لا يتصور تسليمه لا تصح اجارته لعدم الانتفاع به والاجارة عقد على المنفعة فيكون دليلا مبتدأ من غير تعرض لدليل الخصم والثاني أن يكون عمانية وتقرر به لان تسليم انتفاء المانع فانه آجرا لا يقدر على التسليم وعدم التسليم يمنع صحة الاجارة وقوله (والقضية) جواب عما قالوا التسليم ممكن بالقضية ووجهه أن القضية لم تعتبر تسليم الذات بحيث اعتبرت بل لكونها تمكينا (وهو) أي التمكين هو (الفعل الذي يحصل به التمكين) فكانها اعتبرت علة وهو وسيلة الى التمكين (والتمكن في المشاع غير حاصل) ففات المعاول واذا فات المعاول لا معتبر بالعلة (بخلاف البيع) فان المقصود به ليس الانتفاع بل الرقبة ولهذا جاز بيع الجش فكان التمكين بالقضية فيه حاصلا وقوله (وأما التأيؤ) جواب عن قولهم أوبالتأيؤ وحاصله أن التأيؤ من أحكام العقد بواسطة الملك فهو متأخر عن العقد الموجب للملك وهو منتف لا تنفاه شرطه وهو القدرة على التسليم ولا يمكن اثباته بالتأيؤ لانه لا يمكن أن يكون ثبوت الشيء بما يتأخر عنه ثبوت وقوله (وبخلاف ما إذا آجر من شريك) جواب عن قولهم افسار كما إذا آجر من شريك ووجهه أنه إذا آجر من شريك (فالكل يحدث على ملكه فلا شيوخ) (١٨١) وفيه نظر لانه لو لم يكن فيه شيوخ

لجاز الهبة والرهن من الشريك لكنه لم يجز وأجيب أن المراد لا شيوخ يمنع التسليم وهو المقصود فيما نحن فيه فالمنع في شيوخ موصوف ويجوز أن يكون الشيوخ مانعا للحكم باعتبار دون آخر فيمنع عن جواز الهبة من حيث القبض فان القبض التام لا يحصل في الشائع كما تقدم أن الشريك والاجنبي فيه سواء ويمنع جواز الرهن لانعدام المقود عليه وهو الحبس الدائم لانه في الشائع غير متصور والشريك والاجنبي فيه سواء وأما ههنا فلا يعدم المقود عليه وهو المنفعة وانما يتعذر التسليم وذلك لا يرجع

وهذا لان تسليم المشاع وحده لا يتصور والقضية اعتبرت تسليم الوقوع تمكينا وهو الفعل الذي يحصل به التمكين ولا يمكن في المشاع بخلاف البيع لحصول التمكين فيه وأما التأيؤ فاما يستحق حكما له قد بواسطة الملك وحكم العقد يعقبه والقدرة على التسليم شرط العقد وشرط الشيء يسبقه ولا يعتبر المترأخي سابقا وبخلاف ما إذا آجر من شريك فالكل يحدث على ملكه فلا شيوخ والاختلاف في النسبة لا يضره على أنه لا يصح في رواية الحسن عنه

تسكب فيه العبارات الآن لا يسلم صحة ذلك الدليلين (قوله وأما التأيؤ فاما يستحق حكما للعقد بواسطة الملك الى قوله ولا يعتبر المترأخي سابقا) هذا جواب عن قولهم أوبالتأيؤ وحاصله أن التأيؤ من أحكام العقد بواسطة الملك فهو متأخر عن العقد الموجب للملك وهو منتف لا تنفاه شرطه وهو القدرة على التسليم ولا يمكن اثباته بالتأيؤ لانه لا يمكن أن يكون ثبوت الشيء بما يتأخر عنه ثبوت كما في العناية واعتراض بعض الفضلاء على ما في الهداية وعلى ما في العناية أما على ما في الهداية فبان قال فيه بحث فانهم لم يقولوا ان التأيؤ هو القدرة على التسليم بل يقولون يحقق التسليم به فكان ان التسليم حكم العقد والقدرة عليه شرط فكذلك يقال في التأيؤ وأما على ما في العناية فبان قال يجوز ثبوت العلم بالشيء بما يتأخر عنه ثبوت وما نحن بصدده منه اه (أقول) كل واحد منهما ماسا فط أما الاول فدلالة كلامه على ان التأيؤ هو الحصول لان ما ذكره ههنا من قبل أبي حنيفة ليس عيني على ان يكون مدار ما قاله صاحبه على ان التأيؤ هو القدرة حتى يصح الاعتراض عليه بأنهم لم يقولوا ان التأيؤ هو القدرة بل قالوا يحقق التسليم به بل ذلك مبني على ان قولهم أوبالتأيؤ في قولهم ما التسليم ممكن بالقضية أو بالتأيؤ يقتضي جواز كون ثبوت القدرة على التسليم ثبوت التأيؤ فيرد عليه من قبله أن يقال ثبوت التأيؤ بل ثبوت القدرة على التأيؤ متأخر عن تحقق العقد لانه انما يستحق حكما للعقد بواسطة الملك والقدرة على التسليم مقدمة على العقد لكونها شرط جوازه فكيف يمكن أن يكون ثبوت المقدمة ثبوت

في حق الشريك وقوله (والاختلاف في النسبة لا يضره) جواب عما يقال سلمنا أن الكل يحدث على ملكه لكن على اختلاف مع النسبة لان الشريك ينتفع بنصيبه بنسبة الملك وينصيب شريكه بالامتياز فيكون الشيوع موجودا ووجه ذلك أن الاختلاف في السبب غير معتبر اذا اتحد المقصود على أن يمنع جوازه على رواية الحسن عنه فكان كالرهن على هذه الرواية

(قوله وما لا يتصور تسليمه) أقول يعني وحده (قوله لعدم الانتفاع به) أقول أي لعدم الانتفاع به على الوجه الذي يقتضيه العقد فلا يرد شي (قوله وتقرر به لان تسليم انتفاع المانع) أقول فعلى هذا يكون قوله وهذا لان تسليم المشاع الخ من قبيل المبالغة في السند قال المصنف (وأما التأيؤ فاما يستحق حكما للعقد بواسطة الملك وحكم العقد يعقبه) أقول فيه بحث فانهم لم يقولوا ان التأيؤ هو القدرة على التسليم بل يقولون يحقق التسليم به فكان ان التسليم حكم العقد والقدرة عليه شرط فكذلك يقال في التأيؤ (قوله لانه لا يمكن أن يكون ثبوت الشيء بما يتأخر عنه ثبوت) أقول يجوز ثبوت العلم بالشيء بما يتأخر عنه ثبوت وما نحن بصدده منه (قوله وأجيب بأن المراد لا شيوخ يمنع التسليم وهو المقصود فيما نحن فيه الخ) أقول فيه تأمل (قوله لانه في الشائع غير متصور الخ) أقول فيه بحث

وقوله (وبخلاف الشيوخ الطائري) بأن أجر رجل من رجلين ثم مات أحدهما لم يبق الاجارة في نصيب الحي شائعا في ظاهر الرواية (لان القدرة على التسليم ليست بشرط البقاء) لان القدرة لو جوب التسليم ووجوبه في الابتداء دون البقاء ليس له تعلق بظاهر الا ان يجعل تعميدها للجواب عن قولهما أو من رجلين لكنه في قوله وبخلاف ما اذا أجر نبوة عن ذلك تعرف بالتأمل وقوله (وبخلاف ما اذا أجر من رجلين) جواب عن ذلك ووجهه ما قال (ان التسليم يقع جملة ثم الشيوخ يتفرق الملك فيما بينهما طائري) فان قيل لا نسلم أنه طائري بل هو مقارن لانها تنعقد ساعة فساعة أوجب بأن (١٨٣) بقا الاجارة له حكم الابتداء من وجه لانها عقد لازم فلا يكون مقارنا وهو فاسد لان

العقد الغير اللازم هو الذي يكون البقاء فيه حكم الابتداء كما تقدم في الوكالة على أنه لو ثبت هذا ابتداء وبقاء سقط الاعتراض وانما انحصم بقول لا بقاء للعقد فيها والصواب أن يقال الطريان انما هو وعلى التسليم لا على العقد وذلك مما لا يشك فيه

(قوله ليس له تعلق بظاهرا) أقول خبره قوله وقوله وبخلاف الشيوخ الخ (قوله الا ان يجعل تعميدها للجواب عن قولهما أو من رجلين الخ) أقول الظاهر أنه جواب للمعنى يستدل به الامامان على مدعاهما بجواز الاجارة في صورة الشيوخ الطائري بأن يموت أحد المؤجرين بعدما أجر ادارهما من رجلين مثلا وان لم يكن مذكورا في تفسير دليلهما في هذا الكتاب الا أنه نظائر كثيرة (قوله وهو فاسد لان العقد الغير اللازم هو الذي يكون البقاء فيه

وبخلاف الشيوخ الطائري لان القدرة على التسليم ليست بشرط البقاء وبخلاف ما اذا أجر من رجلين لان التسليم يقع جملة ثم الشيوخ يتفرق الملك فيما بينهما طائري

المأخر وهذا معنى قول المصنف ولا يعتبر المتراخي سابقا ولا غبار عليه أصلا وأما الثاني فلا أنه لا شك في جواز ثبوت العلم بالشئ بما يتأخر عنه نبوتنا كما في الاستدلال من الأثر على المؤثر ولكن ما نحن بصدده ليس منه لا محالة اذ لا يشك عاقل في ان ليس معنى قولهما والتسليم ممكن بالتخلية أو بالتأثير أن ثبوت العلم بإمكان التسليم بالتخلية أو بالتأثير بل معناه ان ثبوت نفس إمكان التسليم أى القدرة عليه بالتخلية أو بالتأثير وما نحن بصدده جواب عن قوله ما ذلك فكان المراد به أيضا ما أريد به هناك (قوله وبخلاف الشيوخ الطائري لان القدرة على التسليم ليست بشرط البقاء) قال صاحب العناية ليس لقوله هذا تعلق بظاهر الا ان يجعل تعميدها للجواب عن قولهما أو من رجلين لكن في قوله وبخلاف ما اذا أجر من رجلين نبوة عن ذلك تعرف بالتأمل اه كلامه (أقول) لا يذهب على ذى فطرة سليمة ان مقصود المصنف من قوله هذا دفع اشكال يرد على دليل أبي حنيفة وهو ان الشيوخ الطائري لا يفسد الاجارة بالاجماع مع انتفاء القدرة على التسليم هناك أيضا ولا شك ان لهذا تعلقا بظاهر ما نحن فيه من غير احتياج الى أن يجعل تعميدها المأخر (قوله وبخلاف ما اذا أجر من رجلين لان التسليم يقع جملة ثم الشيوخ يتفرق الملك فيما بينهما طائري) قال تاج الشريعة فان قلت الشيوخ مقارن لطائري فانهم ساعة ضاف بعقد ساعة فساعة فكان الطائري كالمقارن قلت بقاء الاجارة له حكم الابتداء من وجه دون وجه لانها عقد لازم فلا يكون مقارنا اه كلامه ورد عليه صاحب العناية جوابه حيث قال فان قيل لا نسلم أنه طائري بل هو مقارن لانها تنعقد ساعة فساعة أوجب بأن بقاء الاجارة له حكم الابتداء من وجه لانها عقد لازم فلا يكون مقارنا وقال وهو فاسد لان العقد الغير اللازم هو الذي يكون البقاء فيه حكم الابتداء كما تقدم في الوكالة على أنه لو ثبت هنا ابتداء وبقاء سقط الاعتراض وانما انحصم بقول لا بقاء للعقد فيها اه (أقول) كل من أصل رده وعلاوته فاسد أما الاول فلا أن قول المجيب لانها عقد لازم ناظر الى قوله دون وجه أو الى مجموع قوله من وجه دون وجه من حيث هو مجموع لا الى قوله من وجه وحده كما توهمه صاحب العناية وبني عليه رده كما ترى فعنى الجواب ان لبقاء الاجارة حكم الابتداء من وجه دون وجه لانها عقد لازم فان العقد الغير اللازم يكون لبقائه حكم الابتداء من كل الوجوه فاذا لم يكن لبقاء الاجارة حكم الابتداء من وجه لم يكن الشيوخ مقارنا للعقد من هذا الوجه فلم يكن الطائري كالمقارن والحاصل ان مدار الجواب المزبور على الفرق بين الشيوخ الطائري والمقارن من الوجه الثاني دون الاول وصاحب العناية توهم العكس حتى

طوى

حكم الابتداء) أقول لعل مراد المجيب أن بقاء الاجارة له حكم الابتداء في جعل العقود عليه الغير

المستأجر وقوله لانها عقد لازم يرد ان اقامة العين المستأجرة مقام المنفعة كان ليكون العقد لازما فيكون ذلك العقد باقيا حكما كما في سائر العقود وقوله من وجه بومئى الى ما ذكرنا أضافت به فلا يرد ما أورده الشارح (قوله كما تقدم في الوكالة) أقول في باب عزل الوكيل (قوله وانما انحصم بقول لا بقاء للعقد فيها) أقول لا معتبر لكلام انحصم بعد قيام الدليل على خلافه (قوله والصواب أن يقال الطريان انما هو على التسليم لا على العقد) أقول بوضحه أنه اذا عقد الاجارة مع الرجلين مات أحدهما بعد العقد قبل التسليم تفسد الاجارة في حق الحي وان كان ذلك حال بقاء العقد

قال (ويجوز استئجار الظئر بأجرة معلومة) لقوله تعالى فان أرضعن لكم فأتوهن أجورهن ولان التعامل به كان جاريا على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وقبله وأقرهم عليه ثم قيل ان العقد يقع على المنافع وهي خدمتها للصبي والقيام به واللين يستحق على طريق التبعية بمنزلة الصبيغ في الثوب وقيل ان العقد يقع على اللين والخدمة تابعة ولهذا الوأرضعته بلين شاء لا تستحق الاجر

طوى في تقرير الجواب قول المجيب دون وجهه ولم يدرك الجواب حينئذ لا يكون دافعا للسؤال أصلا بل يكون مقويا له كما يظهر بالتأمل الصادق وأما الثاني فلأن ثبوت البقاء لعقد الاجارة مما ينازع فيه أحد فان الأصل عندنا أن العين المستأجرة أقيمت مقام المنفعة في اضافة العقد اليها وان العقد هو الايجاب والقبول الصادران من المتعافدين مع ارتباط أحدهما بالأخر باق شرعا بقاء العين المستأجرة على السلاسة وانما الذي يتجدد ساعة فسادة هو الانعقاد في حق المعقود عليه وهو المنفعة الحادثة شيئا فشيئا وهذا مع كونه معلوما مما تقرر في صدر كتاب الاجارة من كشف بما ذكره في الكافي وكثير من الشروح وهو ان الشيوخ الطائريين بأن أجور رجل من رجلين ثم مات أحد المستأجرين أو بأن أجور رجلان من رجل ثم مات أحد المؤجرين يفسد العقد في حق الحي في رواية الطحاوي عن خالد بن صبيح عن أبي حنيفة لان الاجارة يتجدد انفسا فاداهما بحسب حدوث المنافع فكان هذا في معنى الشيوخ المقترون بالعقد وفي ظاهر الرواية يبقى العقد في حق الحي لان تجديد الانعقاد في حق المعقود عليه فأما أصل العقد فتعقد لازم في الحال وباعتبار هذا المعنى الشيوخ طائري والشيوخ الطائري ليس نظير المفارن كما في الهبة اذا وهب كل واحد رسوما ثم رجع في نفسه انتهى ما في الكافي وكثير من الشروح وهكذا ذكر في المبسوط والاسرار أيضا فتنبه (قوله ويجوز استئجار الظئر بأجرة معلومة) قال في النهاية اعلم أن القياس يأبي جواز اجارة الظئر لانها ترد على استهلاك العين مقصودا وهو اللين فكان بمنزلة ما لو استأجر شاة أو بقرة مدة معلومة بأجر معلوم ليسرب لبنها لكن جوزناها استحسانا لقوله تعالى فان أرضعن لكم فأتوهن أجورهن وهذا العقد لا يرد على العين وهو اللين مقصودا وانما يقع على فعل التربية والحضانة وخدمة الصبي واللين يدخل فيها تبعا لهذه الاشياء ومثل هذا جائز كما لو استأجر صبا غاليا صبيغ له الثوب فانها جائزة وطريق الجواز ان يجعل العقد واردا على فعل الصباغ والصبيغ يدخل فيه تبعا فلم تكن الاجارة واردة على استهلاك العين مقصودا وبهذا خرج الجواب عن فعل البقرة والشاة لان هناك عقد الاجارة يرد على استهلاك العين مقصودا كذا في الذخيرة الى هنا لفظ النهاية (أقول) هذا خبر يركب بل محتمل لان المشايخ قد كانوا مختلفين في أن المعقود عليه في استئجار الظئر ما اذا قلنا به ضمهم هو المنافع وهي خدمتها للصبي واللين يقع كالصبيغ في الثوب وقال بعضهم هو اللين والخدمة تابعة على ما سبأ في تفصيل ذلك ومدار ما ذكر في وجه القياس هو القول الثاني ومدار ما ذكر في وجه الاستحسان بقوله وهذا العقد لا يرد على العين الخ هو القول الاول فهل ينبغي أن يقال في المسئلة المتفق عليها أن القياس يأبي جوازها لكن جوزناها استحسانا فمذكور في وجه القياس ما يختص بأحد القولين في معنى هاتيك المسئلة وفي وجه الاستحسان ما يختص بالقول الآخر في معناه ولا يخفى أنه لا يصح على أحد القولين وجه القياس ولا يصح على الآخر وجه الاستحسان فلا يوجد في المسئلة قياس واستحسان على الوجه المزبور على أن ما ذكر في وجه الاستحسان يقتضي انتفاء ذلك القياس رأسا لترك العمل به بعد تقرر ثبوته كما هو حكم الاستحسان في مقابلة القياس على ما عرف تأمل تنق (قوله اقوله تعالى فان أرضعن لكم فأتوهن أجورهن) قال الشراح يعني بعد الطلاق (أقول) الاولى أن يقال يعني بعد الطلاق والعدة ليوافق ما مر في الكتاب في باب النفقة من كتاب

قال (ويجوز استئجار الظئر بأجرة معلومة الخ) استئجار الظئر بأجرة معلومة جائز لقوله تعالى فان أرضعن لكم فأتوهن أجورهن يعني بعد الطلاق ولان التعامل به كان جاريا في عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وقبله وأقرهم عليه واختلف العلماء في المعقود عليه فقيل هو المنافع وهي خدمتها للصبي والقيام به واللين تباع كالصبيغ في الثوب وهو اختيار صاحب الذخيرة والايضاح والمصنف وقيل هو اللين والخدمة تابعة وهو اختيار شمس الأئمة السرخسي حيث قال في المبسوط والاصح أن العقد يرد على اللين لانه هو المقصود وما سوى ذلك من القيام بمصلحته تباع والمعقود عليه ما هو المقصود وهو منفعة الثدي ومنفعة كل عضو على حسب ما يليق به واستوضح المصنف هذه الجهة بقوله ولهذا الوأرضعته بلين شاء لا تستحق الاجر وبين ما هو المختار عنده بقوله

(قوله يعني بعد الطلاق) أقول يعني بعد الطلاق البائن اذ لا يجوز بعده الطلاق الرجعي قبل انقضاء العدة

والاول أقرب الى الفقه لان عقد الاجارة لا ينعقد على اتلاف الاعيان مقصودا كمن استأجر بقرة ليشرب لبنها ووعد ببيان العذر عن الارضاع بلين شاة وتجب صاحب النهاية من اختيار المصنف ما عرض عنه شمس الأئمة بعدد وثبته الدليل الواضح وهو تقليد صرف لان الدليل ليس بواضح لان مداره قوله لانه هو المقصود وهو ممنوع بل المقصود هو الارضاع وانتظام أمر معاش الصبي على وجه خاص بتملقه بأمور ووسائل منها اللبن فجعل (١٨٤) العين المرتبة منفعة ونقض القاعدة الكلية ان عقد الاجارة عقد على اتلاف المنافع مع

الغنى عن ذلك بما هو وجه صحيح ليس بواضح ولا يتشبه له عبار وى ابن سماعة عن محمد أنه قال استحقاق لبن الأدمية بعقد الاجارة دليل على أنه لا يجوز بيعه وجواز بيع لبن الانعام دليل على أنه لا يجوز استحقاقه بعقد الاجارة لانه ليس بظاهر الرواية ولستى كان فخن مانعنا أن يستحق بعقد الاجارة وانما الكلام في استحقاقه من حيث كونه مقصودا أو تبعا وليس في كلام محمد ما يدل على شيء من ذلك

(قوله وهو تقليد صرف) أقول يعنى لشمس الأئمة (قوله فجعل العين المرتبة) أقول قوله فجعل مبتدأ وخبره بجى بعد سطر ين وهو قوله ليس بواضح (قوله ونقض القاعدة الكلية) أقول اذا جعل اللبن منفعة لا تنتقض القاعدة الكلية الآن يقال المراد هو المنافع حقيقة ولكن الخصم من وراعاته (قوله ولا يتشبه) أقول ناظر الى قوله ان عقد الاجارة عقد على اتلاف المنافع (قوله دليل

والاول أقرب الى الفقه لان عقد الاجارة لا ينعقد على اتلاف الاعيان مقصودا كما اذا استأجر بقرة ليشرب لبنها وسنمين العذر عن الارضاع بلين الشاة ان شاء الله تعالى

الطلاق وهو قوله وان استأجرها وهي زوجته أو معتدة لترضع ولدها لم يجز انتهى وقصد بعض الفضلاء توجيه كلامهم فقال في تفسير قول صاحب العناية يعنى بعد الطلاق البائن وقال اذا يجوز بعد الطلاق الرجعي قبل انقضاء العدة انتهى (أقول) ليس ذلك تمام لانه لا يجوز بعد الطلاق البائن أيضا قبل انقضاء العدة في رواية وهي التي اختارها في الكتاب فيما مر وعن هذا قال المصنف هناك وهذا في المعتدة عن طلاق رجعي رواية واحدة وكذا في المبسوطة في رواية انتهى فتدبر (قوله والاول أقرب الى الفقه لان عقد الاجارة لا ينعقد على اتلاف الاعيان مقصودا الخ) القول الاول اختيار صاحب الذخيرة والايضاح واختاره المصنف كما ترى والقول الثاني اختيار شمس الأئمة السرخسي حيث قال في المبسوط وزعم بعض التجار ين أن العقود عليه المنفعة وهي القيام بخدمة الصبي وما يحتاج اليه وأما اللبن فمقتضى فيه لان اللبن عين والعين لا تستحق بعقد الاجارة كابن الانعام ثم قال والايضاح أن العقد يرد على اللبن لانه هو المقصود وهو منفعة الشدي ومنفعة كل عضو على حسب ما يليق به هكذا ذكره ابن سماعة عن محمد رحمه الله فانه قال استحقاق لبن الأدمية بعد الاجارة دليل على أنه لا يجوز بيعه وجواز بيع لبن الانعام دليل على أنه لا يجوز استحقاقه بعقد الاجارة انتهى كلامه وتجب صاحب النهاية من اختيار المصنف ما عرض عنه الامام الكبير شمس الأئمة السرخسي بعد أن رأى مثل هذا الدليل الواضح والرواية المنصوصة عن محمد رحمه الله ورد عليه صاحب العناية بعد أن روى نجيبة من ذلك حيث قال وهو تقليد صرف لان الدليل ليس بواضح لان مداره قوله لانه هو المقصود وهو ممنوع بل المقصود هو الارضاع وانتظام أمر معاش الصبي على وجه خاص بتملقه بأمور ووسائل منها اللبن فجعل العين المرتبة منفعة ونقض القاعدة الكلية أن عقد الاجارة عقد على اتلاف المنافع مع الغنى عن ذلك بما هو وجه صحيح ليس بواضح ولا يتشبه له عبار وى ابن سماعة عن محمد أنه قال استحقاق لبن الأدمية بعقد الاجارة دليل على أنه لا يجوز بيعه وجواز بيع لبن الانعام دليل على أنه لا يجوز استحقاقه بعقد الاجارة وانما الكلام في استحقاقه من حيث كونه مقصودا أو تبعا وليس في كلام محمد ما يدل على شيء من ذلك الى هنا كلامه (أقول) خاتمة كلامه ليست بصحيفة اذ في كلام محمد ما يدل على أن استحقاقه من حيث كونه مقصودا الاحتمال لانه قال استحقاق لبن الأدمية بعقد الاجارة دليل على أنه لا يجوز بيعه ولا شك انه لا دلالة على عدم جواز بيعه الا بأن يكون استحقاقه من حيث كونه مقصودا الا ترى أن الصبي في الثوب يستحق به بل العقد الاجارة تبعا مع أنه مما يجوز بيعه قطعاً ثم ان للشارح العيني ههنا كلمات كثيرة من خرفة ذكرها تقوية لما ذهب اليه شمس الأئمة السرخسي ورداء على صاحب العناية ما ذكره في رده على صاحب النهاية فان ذكرنا كلها وبيننا حالها البترنا الاطناب بلا طائل ولكن لاعيننا أن نذكر من أولها وآخرها قال بعد نقل ما في النهاية

أقول لانه دليل على كونه من المنافع والبيع يرد على الاعيان دون المنافع (قوله والعناية) على أنه لا يجوز بيعه الخ) أقول لان الاعيان لا تستحق به بل الذي يستحق به انما هو المنافع (قوله لانه ليس بظاهر الرواية) أقول ناظر لقوله ولا يتشبه له (قوله وليس في كلام محمد ما يدل على شيء من ذلك) أقول بل يدل على استحقاقه من حيث كونه مقصودا لظهور أن استحقاقه تبعا لا يدل على عدم جواز بيعه كما في الصبيغ

(قوله واذا ثبت ما ذكرنا) يعني من جواز الاجارة بأحد الطريقين (صحت اذا كانت (١٨٥) الاجرة معلومة اعتبارا باستئجار عبد

للمخدمة مثلا) فان قيل قد علم من أول المسئلة جوازها حيث صدر الحكم فاستدل فحاشا لهذا الكلام قلت أثبت جوازها بالكتاب والسنة أولا ثم رجع الى اثباتها بالقياس ويجوز أن يكون نوطنة لقوله (ويجوز بطعامها وكسوتها) يعني جازت بأجرة معلومة كسائر الاجارات وبتعامها وكسوتها أيضا (استحسانا عند أبي حنيفة) لان العادة الجارية بالتوسعة على الاطراف شفقة على الاولاد ترفع الجهالة بخلاف ما قاله من غيرهم من الاجارات كالخبز والطبخ وغير ذلك فان الجهالة فيها تقضى الى المنازعة فلا يجوز بطعام الطباخة وكسوتها وذكر رواية الجامع الصغير اشارة الى ما يجعله مجعلا عليه بمعرفة الجنس والاجل والمقدار

(قوله واذا ثبت ما ذكرنا)

يعني من جواز الاجارة بأحد الطريقين (الخ) أقول وأعمل مراد المصنف هو الاشارة الى ما صححه واختاره من الطريق الاول كما يفهم من المقدس عليه فليتامل (قوله ويجوز أن يكون نوطنة لقوله ويجوز بطعامها) أقول بآبي عن ذلك قوله اعتبارا بالاستئجار على الخدمة فليتامل قال

واذا ثبت ما ذكرنا يصح اذا كانت الاجرة معلومة اعتبارا بالاستئجار على الخدمة قال (ويجوز بطعامها وكسوتها استحسانا عند أبي حنيفة رحمه الله وقال لا يجوز) لان الاجرة مجهولة فصار كما اذا استأجرها للخبز والطبخ ولها ان الجهالة لا تقضى الى المنازعة لان في العادة التوسعة على الاطراف شفقة على الاولاد فصار كبيع فقير من صبرة بخلاف الخبز والطبخ لان الجهالة فيه تقضى الى المنازعة (وفي الجامع الصغير فان سمي الطعام دراهم ووصف جنس الكسوة وأجلها وذرعها فهو جائز) يعني بالاجماع

والعناية قلت قول شمس الأئمة هو الاقرب الى الفقه لان الاعيان التي تحدث شيئا فشيئا مع بقاء أصلها بمنزلة المنافع فيجوز اجارتها كالعارية لمن ينتفع بالمتاع ثم يرد به والعريضة لمن ياكل ثمر الشجرة ثم يرد بها والتمتع لمن يشرب لبن الشاة ثم يرد حاتم قال في آخر كلامه وكف يقول صاحب العناية لما روى ابن سماعة عن محمد بن جهم انه غير ظاهر الرواية وهو من كبار أصحاب محمد وأبي يوسف القاضي وكان من العلماء الكبار الصالحين وكان يصلى كل يوم مائتي ركعة انتهى كلامه (أقول) كل ما قاله في الاول والاخر فاسد أما ما قاله في الاول فلان معنى حدوث المنافع شيئا فشيئا أن لا يكون لها بقاء أصليا بناء على عدم بقاء الاعراض زمانين عند المتكلمين ولا شك أن هذا المعنى ليس يتحقق في الاعيان فكيف تكون الاعيان بمنزلة المنافع ولو سلم ذلك لم يجز اجارة الاعيان قطعا ذحيفة الاجارة غلبت المنافع بعوض دون غلبت الاعيان فان غلبت الاعيان بعوض هو البيع لا غير وهذا أمر مقرر عند الفقهاء فاطبة وما ذكره من التنظيرات والتشبيهات مما لا يجدي شيئا أما صورة العارية فلان العين هناك باقية على حاله وانما الانتفاع بالمنافع فلا ماساس لها لما نحن فيه وأما صورتان الاخرى ان فلان المعنى فيهما وان كان غلبت العين لكن لا بطريق الاجارة بل بطريق الهبة والعطية فلا فائدة لهما فيما نحن فيه اذ الكلام في أن عقد الاجارة لا يرد على الاعيان لان شيئا من العقود لا يرد عليها وأما ما قاله في الاخر فلان المراد بظاهر الرواية عند الفقهاء رواية الجامعين والزيادات والمبسوط والمراد بغير ظاهر الرواية عندهم رواية غيرها وهذا مع كونه شائعا فيما بينهم مذكورا في مواضع شتى قد صرح به الشراح فاطبة حتى ذلك الشارح نفسه أيضا في كتاب الاقرار ولا شك أن مراد صاحب العناية أيضا هنا بقوله ان ماروي ابن سماعة عن محمد بن جهم بظاهر الرواية أنه ليس من رواية تلك الكتب الاربعة لمحدرجه الله التي هي الرواية المعتد بها جدا وكون ابن سماعة من كبار العلماء الصالحين مما لا يقدر في ذلك قطعا وما الشبهة فيه الا من الغفول على اصطلاح الفقهاء في ظاهر الرواية وغير ظاهرها فكأنه نسي ما قدمت

بيده (قوله واذا ثبت ما ذكرنا يصح اذا كانت الاجرة معلومة اعتبارا بالاستئجار على الخدمة) قال جماعة من الشراح في تفسير قوله ما ذكرنا يعني من جواز الاجارة بأحد الطريقين (أقول) فيه نظرا لو كان مراد المصنف بقوله ما ذكرنا ما يسم الطريقين لما تم قوله اعتبارا بالاستئجار على الخدمة لان الاعتبار بالاستئجار على الخدمة أي القياس على ذلك لا يصح على الطريق الثاني فان العقد في الاستئجار على الخدمة يقع على اتلاف المنفعة مقصود الاحالة وفي استئجار الطريق يقع على اتلاف العين مقصودا على موجب الطريق الثاني فكيف يصح اعتبارا أحدهما بالآخر فالحق أن مراده بقوله ما ذكرنا ما اختاره من رجحان الطريق الاول على الطريق الثاني وعن هذا قدم ذكر الكتاب والسنة في اثبات هذه المسئلة وأخذ كذا القياس الى هنا فان اثباتها بالكتاب والسنة متمش على كلا الطريقين فتناسب ذكرهما متصلا بأصل المسئلة وأما اثباتها بالقياس فمختص بالطريق الاول فتناسب ذكره بعد تفصيل الطريقين وبيان ما هو المختار عنده موافق للقياس فهذا التحقيق يظهر سقوط السؤال

(٣٤ - تنبيهه سابق) المصنف (وفي الجامع الصغير فان سمي الطعام دراهم) أقول يجوز أن يكون الطعام منصوبا على نزع الخائض أي الطعام والمراد بالتسمية هو التعيين أي عين الطعام بدراهم وتعديته الى دراهم بنفسه باعتبار معناه الاصل في تناول

وفسر قوله فان سمي الطعام دراهم (١٨٦) (بأن يجعل الاجرة دراهم ثم يدفع الطعام مكانه) أي مكان المسمى من الدراهم قال صاحب

ومعنى تسمية الطعام دراهم أن يجعل الاجرة دراهم ثم يدفع الطعام مكانه وهذا الاجتهاد فيه (ولو سمي الطعام وبين قدره جازاً أيضاً) لما قلنا ولا يشترط تأجيله لان أوصافها أثمان

وركاكة الجواب للذين ذكرهم صاحب العناية بقوله فان قيل قد علم من أول المسئلة جوازها حيث صدر الحكم فاستدل بما فائدة هذا الكلام قلت أنبت جوازها بالكتاب والسنة أولاً ثم رجعت الى اثباتها بالقياس انتهى تدبر تفهم (قوله ومعنى تسمية الطعام دراهم أن يجعل الاجرة دراهم ثم يدفع الطعام مكانه) قال صاحب النهاية وهذا التفسير الذي ذكره لا يستفاد من ذلك اللفظ ولكن يمكن أن يكون معناه أي سمي الدراهم المقدرة عقاباً لطعامها ثم أعطى الطعام بازاء الدراهم المسماة انتهى (أقول) ليت شعري كيف يستفاد هذا المعنى من ذلك اللفظ حتى يصح طعنه في المعنى الذي ذكره المصنف بأنه لا يستفاد من ذلك اللفظ وقبوله هذا المعنى فان هذا المعنى ان لم يكن أكثر بعداً من ذلك اللفظ من المعنى الذي ذكره المصنف فلا أقل من المساواة لانه اذا صير الى حذف المضاف وإقامة المضاف اليه مقامه في ذلك اللفظ أي لفظ الجامع الصغير بان كان تقديره ان سمي بدل الطعام دراهم كما جعله عليه الامام الزيلعي جازاً أن يفهم منه أول المعنى الذي ذكره المصنف وهو قوله أن يجعل الاجرة دراهم ولكن لا يفهم منه أصلاً آخره وهو قوله ثم يدفع الطعام مكانه كما نبه عليه الامام الزيلعي حيث قال لكن لا يفهم منه أنه أعطى بدل الدراهم طعاماً وانما يفهم منه أنه سمي بدل الطعام دراهم لا غير انتهى وأما المعنى الذي ذكره صاحب النهاية فله اشتراك في الآخر مع المعنى الذي ذكره المصنف وفي أوله تفصيل زائد على ما في أول المعنى الذي ذكره المصنف فان فهم ذلك التفصيل من المضاف المقدر في لفظ الجامع الصغير كان المعنيان متساويين في ان فهم البعض الاول منهم من ذلك اللفظ وعدم ان فهم البعض الآخر منهم مانع والا كان المعنى الذي ذكره صاحب النهاية أكثر بعداً عن ذلك اللفظ من المعنى الذي ذكره المصنف فلا وجه لرد الثاني وقبول الاول وقال صاحب العناية بعد أن نقل ما قال صاحب النهاية وهو حق ولكن لو قدر في كلام المصنف لفظة بدلاً بأن يقال أن يجعل الاجرة دراهم بدلاً الى ذلك انتهى (أقول) لا يخفى على من له دربة بأساليب الكلام أن تقديره بدلاً بعد أن أخذت كلمة أن يجعل مفعولها ركاكة من حيث الاعراب والمعنى فعليلك بالتأمل الصادق مع ملاحظة قوله ثم يدفع الطعام مكانه وذكر بعض الفضلاء توجيهين آخرين للفظ الجامع الصغير حيث قال يجوز أن يكون الطعام منصوباً على نزع الخافض أي للطعام أو المراد بالتسمية هو التعيين أي عين الطعام بدراهم وتعديته الى دراهم بنفسه باعتبار معناه الاصل تأمل انتهى كلامه (أقول) كلا التوجيهين مجروح أما الاول فلانه قد تقرر في علم النحو أن حذف حرف الجر مع غير أن وأن انما يجوز فيه اسمع ثم واستغفرت الله ذنباً أي من ذنب وبغاه الخبر أي بغى له وأما فيه الاسمع فلا يجوز ولهذا لم يجر حذف الجار من اياك من الاسد اذ لم يسمع وعن هذا قال ابن الحاجب ولا تقل اياك الاسد لامتناع تقديره من انتهى وفيما نحن فيه أيضاً لم يسمع فلا يجوز نزع الخافض أي حذف حرف الجر وله ذلك لم يتعرض المصنف وغيره من النقات لهذه التوجيه مع ظهوره جداً وأما الثاني فلا أنه اذا كان المراد بالتسمية هو التعيين لا يصح تعديته الى دراهم بنفسه باعتبار معناه الاصل والابلزم الجمع بين معني التسمية وهو لا يجوز نسواه كان اللفظ حقيقة في كل واحد من المعنيين أو حقيقة في أحدهما مجازاً في الآخر اذ لا يجوز عموم المستترك ولا الجمع بين الحقيقة والمجاز عندنا على ما عرف في علم الاصول (قوله ولا يشترط تأجيله لان أوصافها أثمان) قال كثير من نقات الشراح في شرح قوله أوصافها أي أوصاف الطعام على تأويل الخطة اه (أقول) فيه نظر اذ لا شك ان المراد بالطعام في مسئلتنا هذه ما يسم الخطة وغيره فكيف يتم تأويل ذلك بانها في مقام الاستدلال على العام

النهاية وهذا التفسير الذي ذكره لا يستفاد من ذلك اللفظ ولكن يمكن أن يكون معناه أي سمي الدراهم المقدرة عقاباً لطعامها ثم أعطى الطعام بازاء الدراهم المسماة وهو حق ولكن لو قدر في كلام المصنف لفظة بدلاً بأن يقال أن يجعل الاجرة دراهم بدلاً الى ذلك (وهذا) أي جعل الاجرة على هذا الوجه (لا جهالة فيه وكذا الوسمي الطعام وبين قدره ولا يشترط تأجيله) أي تأجيل الطعام المسمى اجرة (لان أوصافها) أي أوصاف الطعام بتأويل الخطة (أثمان) أي أوصاف أثمان من وجوبه في الذمة اذا كان ديناً والأثمان لا يشترط تأجيلها بخلاف ما اذا كان مسلفاً فيه لانه في السلم مبيع وان كان ديناً فاشترط تأجيله بالسنة

قال المصنف (ثم يدفع الطعام مكانه) أقول هذا لا يفهم من عبارة الجامع وانما يفهم منه أنه يسمي بدل الطعام دراهم لا غير تأمل (قوله ولكن يمكن أن يكون معناه سمي الدراهم المقدرة عقاباً لطعامها الخ) أقول بأن يكون المضاف مقدرافي كلام الجامع أي مسمى بدل الطعام وهكذا ذكر الزيلعي الآن التقدير لا بد

(ويشترط بيان مكان الايقاف) اذا كان له حل ومؤنة (عند أي حنيقة خلا فالحما وقد مر في البيوع) والباقي ظاهر قال (وليس للسناجر أن يمنع زوجها من وطئه المرأة حق الزوج فلا يتمكن المستاجر من ابطاله ولهذا كان له أن يفسخ الاجارة اذا لم يعلم به أي بعقد الاجارة صيانة لحقه ولفظ الكتاب مطلق يتناول ما اذا كان الزوج عن يمينه طؤرة زوجته أو لا وهو الاصح لانها ان كانت ترضعه في بيت أبيه فله أن يمنعها من الخروج عن منزله وان كانت ترضعه في بيته فله أن يمنعها من ادخال صبي الغريب منزله كإن للسناجر أن يمنع الزوج من غشيانها في منزله بعد الرضا بالعقد لان المنزل حقه فان حبست كان لهم أن يفسخوا الاجارة اذا خافوا على الصبي من لبنها لان لبن الحامل يفسد الصبي فكان الخوف عذرا تفسخ به الاجارة كالمريض (قوله وعليها أن تصلح طعام الصبي لان العمل) يعني العمل الرجوع الى منفعة الصبي (على الظئر) والباقي ظاهر وقوله (وان أرضعته في المدة بلين شاة فلا أجر لها لانها لم تأت بعمل مستحق عليها وهو الارضاع فان هذا الجار ليس بارضاع) دليل ظاهر على ما قدمناه (فانه انما يجب الاجر لاختلاف العمل) لا لتفاهة الابن ولهذا لو أوجر الصبي بلين الظئر في المدة لم تستحق الاجرة فعلم بهذا أن المعقود عليه هو الارضاع والعمل دون العين وهو اللين وقوله (انه اختلاف العمل) بدل من قوله لهذا المعنى وفي بعض النسخ وهو أنه وفي بعضها لانه فان قيل (١٨٧) الظئر أجير خاص أو مشترك

أجيب بأنها أجير خاص على ما يدل عليه لفظ المبسوط قال فيه ولو ضاع الصبي من يدها أو وقع فوات أو سرق من حلي الصبي أو نيا به شيء لم يضمن الظئر لانه بمنزلة الاجير الخاص فان العقد ورد على منافعه في المدة ألا يرى أنه ليس لها أن تؤثر نفسها من غيرهم بمثل ذلك العمل والاجير الخاص أمين فيما يدينه وفيه نظر لانه قال لانه بمنزلة الاجير الخاص لا عينه وذ كرفي الدخيرة ما يدل على أنها يجوز أن تكون خاصا ومشترا كالفنانين أجرت نفسها القوم آخرون

(ويشترط بيان مكان الايقاف) عند أي حنيقة خلا فالحما وقد ذكرناه في البيوع (وفي الكسوة يشترط بيان الاجل أيضا مع بيان القدر والجنس) لانه انما يصير ديناً في الذمة اذا صار مبيعاً وانما يصير مبيعاً عند الاجل كافي السلم قال (وليس للسناجر أن يمنع زوجها من وطئها) لان الوطء حق الزوج فلا يتمكن من ابطال حقه ألا ترى أن له أن يفسخ الاجارة اذا لم يعلم به صيانة لحقه الا أن المستاجر يمنع عن غشيانها في منزله لان المنزل حقه (فان حبست كان لهم أن يفسخوا الاجارة اذا خافوا على الصبي من لبنها) لان لبن الحامل يفسد الصبي ولهذا كان لهم الفسخ اذا مرضت أيضا (وعليها أن تصلح طعام الصبي) لان العمل عليها والحاصل أنه يعتبر فيما انص عليه العرف في مثل هذا الباب فما جرى به العرف من غسل ثياب الصبي واصلاح الطعام وغير ذلك فهو على الظئر ما الطعام فعلى والد الولد وما ذكر محمدان الدهن والريحان على الظئر فذلك من عادة أهل الكوفة (وان أرضعته في المدة بلين شاة فلا أجر لها) لانها لم تأت بعمل مستحق عليها وهو الارضاع فان هذا الجار ليس بارضاع وانما يجب الاجر لهذا المعنى أنه اختلاف العمل

والحق عندى ان مرجع الضمير هو الطعام يتأويل كونه أجرة في مسئلتنا هذه فالمعنى ان هذه الاجرة أوصافها أو صاف أثمان فلا يشترط تأجيلها بخلاف الكسوة كما سنذكر والجواب ان صاحب العناية بعد ان قال في تفسير قول المصنف ولا يشترط تأجيله أي تأجيله الطعام المسمى أجرة سلك في تأويل تأنيث ضمير أوصافها مسلك سائر الشراح من التأويل بالخطئة وقد عرفت حاله (قوله فان هذا الجار ليس بارضاع) في الصحاح الوجور الدوايه يجرى في وسط القم أي يصب تقول منه وجرت الصبي وأوجرته بمعنى اه (أقول) لقائل أن يقول اذا كان هذا الجار ارضاعا فلا معنى لان يقول في الكتاب في وضع

لذلك ولم يعلم الاولون فأرضعت كل واحد منهما وفرغت أثمت وهذه جنابة منها ولها الاجر كاملا على الفريقين وهذا يدل على أنها تختص لهما فقلنا بأنها تستحق الاجر منهما كالتشبيها بالاجير المشترك وتأثم بما فعلت نظرا الى الاجير الخاص

(قوله أجيب بأنها أجير خاص الخ) أقول ولعل الاولى في الجواب هو أن يقال ان قدم المستاجر ذكر المدة بأن يقول استأجرتك سنة لترضى ولدى هذا يكون خاصا وان قدم ذكر العمل يكون مشتركا على قياس ما قيل في استئجار الراعي (قوله وفيه نظر لانه قال بمنزلة الاجير الخاص) أقول لعل مراد المجيب من دلاله لفظ المبسوط دلالة قوله فان العقد قد ورد على منافعه الخ وقوله والاجير الخاص أمين فليست أم (قوله وهذا يدل على أنها الى قوله وتأثم بما فعلت نظرا الى الاجير الخاص) أقول وفي الفصل الثامن والعشرين من اجارات الهبط البرهاني وليس للراعي اذا كان خاصا أن يرعى غنم غيره بأجر فلو أنه أجر نفسه من غيره لمعمل الراعي ومضى على ذلك فهو ر ولم يعلم الاول به فله الاجر كاملا على كل واحد منهما لا يتصدق بشيء الا أنه يأنى وفي البرازية ليس الواحدان يرعى غنم غيره فان رعى يجب الاجر كاملا ويأنى ولهذا قالوا الخاص لا يلي أن يؤاجر نفسه من آخر في مدتها ولو أجر من آخر في المدة الثانية أيضا ويطيبه الاجر ولا يتصدق به وان كانت منافعه بدنه مشغولة بحق الغير انتهى اذا عرفت هذا عرفت ما في كلام الشارح

قال (ومن دفع الى حائك غز لا ينسجه بالنصف فله أجر مثله وكذا اذا استأجر حاراً يحمل طعاماً بغيره منه فالأجرة فاسدة) لانه جعل الاجر بعض ما يخرج من ٤- له فيه صير في معنى قفيز الطحان وقد نهى النبي صلى الله عليه وسلم عنه وهو أن يستأجر ثوراً يطحن له حنطة بغيره من دقيقه

قال (ومن دفع الى حائك غز لا ينسجه الخ) ومن دفع الى حائك غز لا ينسجه بالنصف فالأجرة فاسدة وكذلك اذا استأجر حاراً يحمل طعاماً بغيره منه لانه في معنى قفيز الطحان في جعل الاجرة بعض ما يخرج من عمله وقد نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن قفيز الطحان وهو أن يستأجر ثوراً يطحن له حنطة بغيره من دقيقه

(قوله وكذلك اذا استأجر حاراً يحمل طعاماً) أقول من قبيل الخذف والإيصال

هذه المسئلة وان أرضعته في المدة بلين شاة بل الظاهر أن يقول وان أوجرته بدل وان أرضعته اللهم الا أن يحمل على المشاكلة بما لا ينسج مسألة استئجار الطائر التي وظيفتها الارضاع تأمل فان قيل الظئر أجير خاص أو أجير مشترك أجيب بأنهم أجير خاص على ما دل عليه لفظ المبسوط فانه قال فيه ولو ضاع الصبي من يدها أو وقع غيات أو سرق من حلي الصبي أو من ثيابه شيء لم تضمن الظئر شيئاً لانهم بمنزلة الاجير الخاص فان العقد ورد على منافعتها في المدة ألا يرى انه ليس لها أن تؤجر نفسها من غيرهم لمثل ذلك العمل والاجير الخاص أمين فيما في يده اهـ ويحتمل أن تكون أجيراً خاصاً وان تكون أجيراً مشتركاً على ما دل عليه لفظ الذخيرة فانه قال فيها وان أجرت الظئر نفسها من قوم آخرين نرضع صبيانهم ولا يعلم بذلك أهلها الا ولون حتى يفسدوا هذه الأجرة فأرضعت كل واحد منهما وفرغت فقد أتمت وهذه جناية منها ولها الاجر كاملاً على الفريقين اهـ وجه الدلالة على احتمالهما انها لو كانت أجيراً وحده من كل وجه لم تستحق الاجر كاملاً وأتمت بما صنعت ولو كانت أجيراً مشتركاً من كل وجه استحققت الاجر كاملاً ولا تأثم فكانت بينهما قسماً بأنها تستحق الاجر كاملاً لشبهها بالاجير المشترك وبأنها تأثم لشبهها بالاجير الواحد وهذا زيادة ما ذكره صاحب النهاية ههنا واقتنى أثره صاحب العناية غير انه اعترض على دلالته لفظ المبسوط على كونها أجيراً خاصاً حيث قال وفيه نظر لانه قال لانهم بمنزلة الاجير الخاص لا عينه انتهى (أقول) نظره سافط فان المراد بدلالة لفظ المبسوط عليه دلالة قوله فان العقد ورد على منافعتها في المدة وتويزه بقوله ألا يرى انه ليس لها أن تؤجر نفسها من غيرهم لمثل ذلك العمل فان كلا منهما ما يدل قطعاً على انها أجير خاص لان ورود العقد على المنفعة في المدة وعدم جواز إيجار النفس من غير المستأجر من خواص الاجير الخاص وأما قوله بمنزلة الاجير الخاص فيجوز أن يراد به بمنزلة الاجير الخاص المعروف الذي لا اشتباه فيه لأحد وهذا لا ينافي أن تكون هي عين جنس الاجير الخاص ثم ان بعض القضاة قال ولعل الاولى في الجواب أن يقال ان قدم المستأجر كالمدة بأن يقول استأجرتك سنة لترضي ولدي هذا ان يكون خاصاً وان قدم كالمثل تكون مشتركة على قياس ما قيل في استئجار الراعي اهـ (أقول) ليس ذلك الجواب بتمام اذ رد عليه أن يقال لو كانت الظئر أجيراً خاصاً على الثبات فيما اذا قدم المستأجر كالمدة لما استحققت الاجر كاملاً اذا أجرت نفسها من قوم آخرين لترضع صبيانهم مع انها تستحقه كاملاً على الفريقين ولكن تأثم كما نقلناه عن الذخيرة وذكر في سائر المعتمديات أيضاً وعن هذا قال في الذخيرة والحيط البرهاني بعد بيان استحقاقها الاجر كاملاً على الفريقين وهذا لا يشك اذا قال أبو الصغيرة للظئر استأجرتك لترضي ولدي هذا سنة بكذا لان الظئر في هذه الصورة أجير مشترك لان الاب أوقع العقد أولاً على العمل انما يشك فيما اذا قال لها استأجرتك سنة لترضي ولدي هذا بكذا لانها أجير وحده في هذه الصورة لانه أوقع العقد على المدة أولاً وليس لأجير الواحد أن يؤجر نفسه من آخر واذا أبحر لا يستحق تمام الاجر على المستأجر الاول وتأثم والوجه في ذلك ان أجير الواحد في الرضاع يشبه الاجير المشترك من حيث انه يمكنه بقاء العمل لكل واحد منهما بتمامه كما في الخياط والقصار ثم لو كانت أجيراً وحده من كل وجه لم تستحق الاجر كاملاً على الاول وتأثم بما صنعت ولو كانت أجيراً مشتركاً من كل وجه استحققت الاجر كاملاً ولم تأثم فاذا كانت بينهما قسماً بأنها تستحق الاجر كاملاً لشبهها بالاجير المشترك ونقلنا بأنها تأثم لشبهها بالاجير الواحد اهـ فقد ظهر ان

وهذا أصل كبير يعرف به فساد كثير من الاجارات فان قيل اذا كان عرف ديارنا على ذلك فهل يترك به القياس قلنا لانه في معناه من كل وجه فكان ثابتا بدلالة النص ومنه لا يترك بالعرف فان قيل لا يترك بل يخص عن الدلالة بعض ما في معنى قفيز الطحان بالعرف كما فعل بعض مشايخ بلخ في الشياخ جريان عرفهم بذلك قلت الدلالة لا عموم لها حتى يخص عرف ذلك في موضعه (قوله والمعنى فيه) يعني المعنى الفقهي في عدم جواز ذلك هو (أن المستأجر عاجز عن تسليم الاجر وهو بعض المنسوج أو المحمول لان حصوله بفعل غيره والشخص لا يعد قادرا بقدره غيره) واذا ثبت فساد العقد (١٨٩) كان للحائلك أجر منه لان

صاحب الثوب استوفى منفقته بعقد فاسد فكان له أجر مثله (وهذا بخلاف ما اذا استأجره ليحمل نصف طعامه بالنصف الاخر حيث لا يجب له الاجر) (لا المسمى ولا أجر المثل) لأن المستأجر

وهذا أصل كبير يعرف به فساد كثير من الاجارات لاسيما في ديارنا والمعنى فيه أن المستأجر عاجز عن تسليم الاجر وهو بعض المنسوج أو المحمول اذ حصوله بفعل الاجير فلا يعد هو قادرا بقدره غيره وهذا بخلاف ما اذا استأجره ليحمل نصف طعامه بالنصف الاخر حيث لا يجب له الاجر لان المستأجر بمجرد تقديم المستأجر كالمدة لا يتم كون الظئر أجير وحده من كل وجه فلا بد من التفصيل واعتبار الشبهين كما ذكر في الذخيرة والمحيط البرهاني واختاره الشراح في الجواب فتبصر (قوله وهذا أصل كبير يعرف به فساد كثير من الاجارات لاسيما في ديارنا) قال صاحب العناية فان قيل اذا كان عرف ديارنا على ذلك فهل يترك به القياس قلنا لانه في معناه من كل وجه فكان ثابتا بدلالة النص ومنه لا يترك بالعرف اه وقال بعض الفضلاء سيجي من المصنف في أوائل كتاب المزارعة ما يخالف ما ذكره الشارح حيث أطلق القياس على ما في معنى قفيز الطحان وقال يترك بالعرف كالاستصناع فراجع اه (أقول) ما سيجي من المصنف في أوائل كتاب المزارعة ليس بخالف لما ذكره صاحب العناية ههنا فان المصنف بعد ان بين في أوائل كتاب المزارعة ان المزارعة فاسدة عند أبي حنيفة رحمه الله جائزة عند صاحبيه وذكر الدليل من الجانبين قال الا ان الفتوى على قوله ما الحاجة الناس اليها ونظهور تعامل الامة بهم والقياس يترك بالتمامل كما في الاستصناع اه ولا يقتضي ذلك أن يطلق القياس على كل ما في معنى قفيز الطحان بل انما يقتضي أن يطلقه على المزارعة وفي معنى قفيز الطحان من وجه أي من حيث انها استأجر ببعض ما يخرج من عمله كما ذكر في دليل أبي حنيفة على فسادها وفي معنى المضاربة من وجه أي من حيث انها عقد شركة بين المال والعمل كما ذكر في دليل الامامين على جوازها بخلاف ما نحن فيه فانه في معنى قفيز الطحان من كل وجه لانه استأجر محض ليس فيه شائبة المضاربة فلهذا قيل انه ثابت بدلالة النص دون القياس ولئن سلم مخالفة ما سيجي من المصنف هنالك لما ذكره صاحب العناية ههنا فلا ضير فيها لان فيما نحن فيه قولين أحدهما انه ثابت بدلالة النص فلا يترك بالعرف وهو مختار شمس الأئمة السرخسي وثانيهما أنه من حيث القياس فيستترك بالتعامل كالاستصناع وهو مختار شمس الأئمة الحلواني وأستاذ القاضى الامام أبي على النسفي كما فصل في المبسوط وغيره وذكر في النهاية ومعراج الدراية أيضا ما ذكره صاحب العناية ههنا على ما اختاره شمس الأئمة السرخسي قطعا وما ذكره المصنف في المزارعة يجوز أن يكون على ما اختاره شمس الأئمة الحلواني وأستاذنا فاذا كان مدار المخالفة بين الكلامين على اختلاف القولين في المسئلة فلا بأس بما (قوله وهذا بخلاف ما اذا استأجره ليحمل نصف طعامه بالنصف الاخر حيث لا يجب له الاجر لان المستأجر

(قوله لانه في معناه من كل وجه) أقول في تقرير الجواب نوع مساحبة والظاهر أن يقول نعم يترك به القياس الا أن ما نحن فيه ليس ثابتا بالقياس بل بدلالة النص وهي لا يترك به (قوله ومنه لا يترك بالعرف) أقول سيجي من المصنف في أوائل كتاب المزارعة ما يخالف ما ذكره الشارح حيث أطلق القياس على ما في معنى قفيز الطحان وقال يترك بالعرف كالاستصناع فراجع اه (قوله فان قيل لا يترك بل يخص عن الدلالة بعض ما في معنى قفيز

الطحان بالعرف كما فعل بعض مشايخ بلخ في الشياخ جريان عرفهم بذلك) أقول الخاق بعض المحمول بقفيز الطحان بالدلالة محل التأمّل وكيف القفيز بعد الطحن شيء آخر حتى يملكه الغاصب ولا كذلك الحمل في المحمول قال المصنف (وهذا بخلاف ما اذا استأجره ليحمل نصف طعامه بالنصف الاخر حيث لا يجب له الاجر لان المستأجر ملك الاجير في الحال) أقول قال العلامة الزيلعي فيه اشكالان أحدهما أن الاجارة فاسدة والاجرة لا تغلّك بالصحيحة منها بالعقد عندنا سواء كانت عينا أو ديناعا على ما بيناه من قبل فكيف يملكه ههنا من غير تسليم ومن غير شرط التجهيل

ملك الاجير (في الحال بالتجمل) لان تسليم الاجرة بحكم التجمل يوجب الملك في الاجرة (فصار) حاملا طعاما (مشتركا ومن استأجر رجلا لجل طعام مشترك بينهما (١٩٠) لا يجب الاجر لان ما من جزء يحمله الا وهو عامل لنفسه فيه فلا يتحقق تسليم المعقود عليه) وقوله

بالنصف الاخر تلويح الى مسألة أخرى وهو ما اذا قال احل هذا الكر الى بغداد بنصفه فانه لا يكون شريكا ولكن تفسد الاجارة لكونها في معنى قفيز الطحان ويجب أجر المثل ليجاوز به قيمة نصف الكر

والثاني انه قال ملكه في الحال وقوله لا يستحق الاجر ينافي الملك لانه لا يملكه اذا ملكه الا بطريق الاجرة فاذا لم يستحق شيئا فكيف يملكه وبأي سبب يملكه انتهى لعل مرادهم نفي الملك لان وجوده يؤدي الى عدمه وما هو كذلك يبطل فقولهم ملك الاجير في الحال كلام ورد على سبيل الفرض والتقدير والتظاهر ان وضع المسئلة فيما اذا سلم الى الاجير كل الطعام والله ولي الفضل والالهام فيكون تقدير الكلام لو وجب الاجر في الصورة المفترضة للملك الاجير الاجرة في الحال بالتجمل والتالي باطل اذ حينئذ يكون مشترك بينهما فيفضي الى عدم وجوب الاجر وكل لازم يؤدي فرض وجوده الى انتفاء لازمه يكون باطلا فكذا هذا

ملك الاجير في الحال بالتجمل فصار مشتركا بينهما ومن استأجر رجلا لجل طعام مشترك بينهما لا يجب الاجر لان ما من جزء يحمله الا وهو عامل لنفسه فيه فلا يتحقق تسليم المعقود عليه

ملك الاجير في الحال بالتجمل الخ قال الامام الزبلي في شرح السكز بعد ذكر هذه المسئلة مع دليلها المزبور هكذا قالوا وفيه اشكالان أحدهما ان الاجارة فاسدة والاجرة لا تملك بالصحة منها بالعدة عندنا سواء كانت عينا أو ديناً على ما بيناه من قبل فكيف ملك ههنا من غير تسليم ومن غير شرط التجمل والثاني انه قال ملكه في الحال وقوله لا يستحق الاجر ينافي الملك لانه لا يملكه اذا ملكه الا بطريق الاجرة فاذا لم يستحق شيئا فكيف يملكه وبأي سبب يملكه اه كلامه (أقول) كل من اشكاليه ساقط أما الاول فلا لانه لا ريب ان وضع المسئلة فيما اذا سلم الى الاجير كل الطعام كما يفصح عنه قولهم في تعليلها لان المستأجر ملك الاجير في الحال بالتجمل اذ تجمل الاجر بما يكون بتسليمه الى الاجير في الحال وقد صرح بذلك في تحرير نفس المسئلة كثير من التفات منهم صاحب النهاية ومعراج الدراية حيث قال ان ههنا مسئلتين احدهما ما اذا استأجر رجلا ليحمل له كرخطة الى بغداد مثلاً بنصفه كانت الاجارة فاسدة ولا جبراً جرمه ان كان بلغ الى بغداد ليجاوز به قيمة نصف الكر والثانية ان يستأجره ليحمل له نصفه الى المكان المعين بنصفه الباقي ودفع اليه كله ولا أجر له ههنا والتي ذكرها في الكتاب بقوله بخلاف ما اذا استأجره ليحمل نصف طعامه بالنصف الاخر هي هذه المسئلة وهي من مسائل اجارات الجامع الكبير اه وأما الثاني فلان المناقاة بين قولهم ملك الاجير في الحال وبين قولهم لا يستحق الاجر ولا يجب الاجر ممنوعة اذ معنى الاول انه يملك الاجير ابتداءً بموجب العقد وتسليم الاجر الى الاجير بالتجمل ومعنى الثاني انه لا يستحق الاجر لبطان العقد قبل العمل بعد ان ملك الاجير بالتسليم بسبب ان صار شريكاً في الطعام قبل ان يفسد شيء من المعقود عليه ولا يذهب عليه انه لا تنافي بين هذين المعنيين بل الاول منهما يؤدي الى الثاني ويدل على هذا التوفيق قطعاً ما ذكره صاحب النهاية في تعليل هذه المسئلة فتسلا عن الجامع الكبير لشمس الأئمة السرخسي وصدر الاسلام الحميدي حيث قال وأما في المسئلة الثانية وهي ما اذا استأجره ليحمل نصفه الى بغداد بنصفه الباقي ودفع اليه فاعلم انه يملكه على سبيل التملك لنصف الكر من قبل ان البدل نصف كرمطلق لان نصف كرمحمول الى بغداد فصار بتسليم الكر اليه مباحلاً لاجرة فله كما بنفس القبض واذا ملكه بالتسليم بطل العقد قبل العمل لانه صار شريكاً في الكر قبل ان يفسد شيء من المعقود عليه وما قبل التسليم في الاجارة بمنزلة ابتداء العقد فلوا ابتداء العقد على العمل في شيء العامل فيه شريك المستأجر بطلت الاجارة فكذلك ههنا واذا بطلت الاجارة لم يجب الاجر كذا في الجامع الكبير لشمس الأئمة السرخسي وصدر الاسلام الحميدي الى هنا لفظ النهاية وبهذا اظهر انه لا حاجة في دفع الاشكال الثاني من ذلك الاشكالين الى ما تعسف فيه بعض الفضلاء حيث قال لعل مرادهم نفي الملك لان وجوده يؤدي الى عدمه وما هو كذلك يبطل فقولهم ملك الاجير في الحال كلام ورد على سبيل الفرض والتقدير فيكون تقدير الكلام لو وجب الاجر في الصورة المفترضة للملك الاجير الاجرة في الحال بالتجمل والتالي باطل اذ حينئذ يكون مشترك بينهما فيفضي الى عدم وجوب الاجر وكل لازم يؤدي فرض وجوده الى انتفاء لازمه يكون باطلا فكذا هذا

فليتأمل قال المصنف (ومن استأجر رجلا لجل طعام مشترك بينهما لا يجب الاجر لان ما من جزء يحمله الا وهو عامل لنفسه) أقول فيه بحث فانه في كل جزء عامل لغيره ايضاً فالملوك للحصر وثبات المطلوب لا يتوقف عليه الا أن يعمل على المبالغة في التشبيه أي حوكما عامل لنفسه وسيجي من الشارح أكل الدين جواب هذا البحث فراجع وتأمل فيه

وقوله (ولا يجاوز بالاجر قفيزا) متصل بقوله وكذا اذا استأجر جارا يحمل طعاما بقبض منه (لانه لما فسدت الاجارة فالواجب الاقل من المسمى ومن أجر المثل لانه رضى بحط الزيادة وهذا بخلاف ما اذا اشترى كافي الاحتطاب حيث يجب الاجر بالغاما بالغ عند محمد لان المسمى وهو نصف الحطب (هناك غير معلوم فلم يصح الحط) وأما عند أبي يوسف فلا يجاوز بأجره نصف عن ذلك لانه رضى بنصف المسمى حيث اشترى وهذا اذا احتطاب أحدهما وجمع الآخر وأما اذا احتطابا جميعا وجمعاهما فمما شرى كان على السواء قال (ومن استأجر رجلا ليخبره هذه العشرة المخاتيم الخ) المخاتيم جمع محتوم وهو الصاع سمي به لانه يختم أعلاه كي لا يزداد أو ينقص وإضافة العشرة الى المخاتيم من باب الخمسة الاثواب على مذهب الكوفيين واليوم منصوب على الظرفية ومن استأجر رجلا ليخبره هذه العشرة المخاتيم اليوم بدرهم فهو فاسد عند أبي حنيفة وقالاهو جائز كره في اجارات المبسوط لانه يجعل المعقود عليه العمل حتى اذا فرغ منه نصف النهار فله الاجر كاملا وان لم يفرغ في اليوم فعليه أن يعمل في الغد لان المعقود عليه هو العمل واذا كان المعقود عليه هو العمل وهو معلوم جاز العقد ويجعل ذكر الوقت للاستكمال لا لتعليق العقد به فكانه استأجره للعمل على أن يفرغ منه (١٩١) في أسرع الاوقات والحمل على هذا مما لا بد منه دفعا للجهالة

لتصح العقد ولا يبي حنيفة أن المعقود عليه مجهول لترده بين امرين كل منهما صالح لذلك لان ذكر الوقت يوجب كون المنفعة معقودا عليها وذكر العمل يوجب كونه معقودا عليه ونفس أحدهما أولى من الآخر والجهالة المفضية الى النزاع تفسد العقد وهذه كذلك لان نفع المستأجر في الثاني حتى لا يجب الاجر عليه الابتسليم العمل ونفع الاجير في الاول لاستحقاقه بتسليم نفسه وان لم يعمل فان مضى اليوم ولم يفرغ من العمل جاز أن يطلب

قال (ولا يجاوز بالاجر قفيزا) لانه لما فسدت الاجارة فالواجب الاقل مما سمي ومن أجر المثل لانه رضى بحط الزيادة وهذا بخلاف ما اذا اشترى كافي الاحتطاب حيث يجب الاجر بالغاما بالغ عند محمد لان المسمى هناك غير معلوم فلم يصح الحط قال (ومن استأجر رجلا ليخبره هذه العشرة المخاتيم من الدقيق اليوم بدرهم فهو فاسد وهذا عند أبي حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد في اجارات هو جائز) لانه يجعل المعقود عليه عملا ويجعل ذكر الوقت للاستكمال لا لتعليق العقد فترفع الجهالة وله أن المعقود عليه مجهول لان ذكر الوقت يوجب كون المنفعة معقودا عليها وذكر العمل يوجب كونه معقودا عليه ولا ترجح نفع المسمى المستأجر في الثاني ونفع الاجير في الاول فيفضي الى المنازعة وعن أبي حنيفة أنه يصح الاجارة اذا قال في اليوم وقد سمي عملا لانه لا يظرف فكان المعقود عليه العمل بخلاف قوله اليوم وقد مر مثله في الطلاق

فلامعنى للحصر واثبات المطالب لا يتوقف عليه الآن يحمل على المبالغة في التشبيه أى هو كعامل لنفسه اه (أقول) هذا البحث غير متمشئ رأسا لانه انما يلزم الحصر من كلام المصنف لو كان معناه الا وهو عامل لنفسه فقط أما اذا كان معناه الا وهو عامل لنفسه كما هو عامل لغيره أيضا فلا حصر فيه فلامعنى لقوله فلامعنى للحصر اذ لم يتعين الحصر فيه فالوجه في غشمة البحث ههنا توسيع الدائرة بأن يقال ان كان المراد انه عامل لنفسه فقط فهو ممنوع وان كان المراد انه عامل لنفسه ولغيره فعدم استحقاقه الاجر على فعله لنفسه لا ينافي استحقاقه على فعله لغيره فلا يتم التقريب وسيأتى تمة هذا الكلام فيما بعد ان شاء الله تعالى (قوله لان ذكر الوقت يوجب كون المنفعة معقودا عليها وذكر العمل يوجب كونه معقودا عليه ولا ترجح) أقول لقائل أن يقول لم لا يكون تقديم ذكر العمل مرجحا لتكون العمل معقودا عليه كما كان كذلك في مسألة الراعى على ماصر حوايه في معتبرات الفتاوى

الاجير أجره نظرا الى الاول ويمتنعه المستأجر نظرا الى الثاني فأفضى الى النزاع وجعل ذكر الوقت للتجمل فحكم بتفاوت الاغراض فقد يكون للتجمل وقد يكون لتكون المنفعة معلومة وطواب بالفرق بين مسئلتنا وبين ما اذا قال ان خطته اليوم فلان درهم وان خطته غدا فلانك نصف درهم فان أباح حنيفة أجاز الشرط الاول وجعل ذكر الوقت للتجمل وبيننا وبين ما اذا استأجر رجلا ليخبره قفيزا دقيق على أن يفرغ منه اليوم فان الاجارة فيها جائزة بالاجماع والفرق بينهما وبين الاول ان دليل المجاز وهو نقصان الاجر للمأخبر فيه ماصرفه عن حقيقته التي هي التوقيت الى المجاز الذي هو التجمل وليس له في مسئلتنا ما يصرفه عنها فلا يصار الى المجاز

قال المصنف (ولا يجاوز بالاجر قفيزا) أقول قال في النهاية نصب قفيزا على قول من يجوز اسناد الفعل الى الجار والمجرور مع وجود المفعول بدون الجار وهو ضعيف انتهى وفي شرح الرضى أن ذلك مذهب الكوفيين وبعض المتأخرين فراجعه قال المصنف (وذكر العمل يوجب كونه معقودا عليه ولا ترجح) أقول لم لا يجوز أن يكون تقديم ذكر العمل مرجحا كما قالوا في مسألة الراعى (قوله وطواب بالفرق بين مسئلتنا وبين ما اذا قال ان خطته اليوم فلان درهم) أقول ولا بد من الفرق أيضا بيننا وبين ما قالوا في مسألة الراعى انه اذا جتمع المستأجر بين المدة والعمل فلا اعتبار بالقدم منهما في كون الاجير خاصا ومشترا كما قيلتأمل

وكذلك بينهما وبين الثانية فإن كلمة على في معنى الشرط على ما عرفت في موضعه فحيث جعله شرطاً لدل على أن مراد التجهيل يؤيده ما روي عن أبي حنيفة وهو المذهب كور في الكتاب أنه إذا قال في اليوم صحت الاجارة لانه لظرف والمظروف لا يستغرق الظرف كما مر في الطلاق فكانه قال ان عمات في بعض اليوم وذلك يفيد التجهيل فكان العمل هو المعقود عليه بخلاف قوله اليوم فإن المنفعة تستغرق الوقت فتصلح أن تكون معقوداً عليه وتلزم الجهالة قال (ومن استأجر أرضاً على أن يكرها الخ) بين في هذا أن الشرط الذي لا يقتضيه عقد الاجارة وفيه منفعة لاحد المتعاقدين شرط فاسد يفسد به العقد والشرط الذي يقتضيه العقد لا يفسده كما في البيع فإن استأجر أرضاً على أن يكرها أو يزرعها أو يسقيها أو يزرعها فهو جائز لان الزراعة تستحق بالعقد ولا تنافي الا بالسقي والكراب فكأن من مقتضياته فذكره لا يوجب الفساد وان شرط أنه يثمنها أو يكرى أمراً أو يسرقها فهو فاسد لانه ليس من مقتضيات العقد وفيه منفعة لاحد المتعاقدين لبقاء أثره بعد انقضاء المدة وما هذا حاله يوجب الفساد لان مؤجر الأرض يصير مستأجراً منافع الاجير على وجه يبقى بعد المدة فيصير صفقتان في صفقة وهو منهي عنه وانما قلنا ان ذلك ليس من مقتضيات العقد لان المراد بالتثنية ان كان ردها مكروية فلا شك في أنه لا يقتضيه لان الزراعة (١٩٣) لا تتوقف عليه وان كان المراد به أن يكرها امرتين فيجب أن يكون هذا في موضع

قال (ومن استأجر أرضاً على أن يكرها أو يزرعها أو يسقيها أو يزرعها فهو جائز) لان الزراعة مستحقة بالعقد ولا تنافي الزراعة الا بالسقي والكراب فكان كل واحد منهما مستحقاً وكل شرط هذه صفته يكون من مقتضيات العقد فذكره لا يوجب الفساد (فان اشترط أن يثمنها أو يكرى أمراً أو يسرقها فهو فاسد) لانه يبقى أثره بعد انقضاء المدة وأنه ليس من مقتضيات العقد وفيه منفعة لاحد المتعاقدين وما هذا حاله يوجب الفساد لان مؤجر الأرض يصير مستأجراً منافع الاجير على وجه يبقى بعد المدة فيصير صفقتان في صفقة واحدة وهي منهي عنه ثم قيل المراد بالتثنية أن يردّها مكروية ولا تشبهه في فساده وقيل أن يكرها امرتين وهذا في موضع تخرج الأرض الربيع بالكراب مرة واحدة والمدة سنة واحدة وان كانت ثلاث سنين لا تبقى منفعة وليس المراد بذكر الانهار الجداول بل المراد منها الانهار العظام هو الصحيح لانه تبقى منفعة في العام القابل قال (وان استأجرها ليزرعها بزرعة أرض أخرى فلا خير فيه) وقال الشافعي هو جائز وعلى هذا اجارة السكنى بالسكنى والبس بالبس والركوب بالركوب له أن المنافع بمنزلة الاعيان

تخرج الأرض الربيع بالكراب مرة واحدة والمدة سنة واحدة لانه اذا كان في موضع لا تخرج الأرض الربيع الا بالكراب مرتين أو كانت تخرج بالكراب مرة الا أن مدة الاجارة كانت ثلاث سنين فإنه لا يفسد العقد لان الاول حينئذ من مقتضياته والثاني ليس فيه لأحد المتعاقدين منفعة لعدم بقاء أثره بعد المدة وأما كرى الانهار فقال بعضهم المراد بها الجداول لبقاء منفعتها في العام القابل ونفاد المصنف وقال بل المراد منها الانهار العظام

بلاذ كر خلاف هنالك فتأمل (قوله لان مؤجر الأرض يصير مستأجراً منافع الاجير الخ) قال بعض الفضلاء هذا دليل آخر على أصل المدعى فالظاهر أن يقال ولان بالواو انتهى (أقول) ليس الامر كما زعمه فان قوله لان مؤجر الأرض الخ دليل على قوله وما هذا حاله يوجب الفساد لا على أصل المدعى فالظاهر ترك الواو كالموقع (قوله وقيل أن يكرها امرتين وهذا في موضع تخرج الأرض الربيع بالكراب مرة واحدة والمدة سنة واحدة) قال الشراح انما قيد به ذين القيد أي بالكراب مرة ويكون المدة سنة لانه

هو والصحيح لانه تبقى منفعة في العام القابل دون الاول (واذا استأجر أرضاً ليزرعها بزرعة أخرى اذا لا يجوز أصلاً وكذا اجارة السكنى بالسكنى والبس بالبس والركوب بالركوب وقال الشافعي هو جائز لان المنافع بمنزلة الاعيان

(قوله وكذلك بينهما وبين الثانية) أقول في المحيط البرهاني في الفصل السادس من الاجارات وفي آخر اجارات الاصل اذا استأجر الرجل رجلاً كل شهر بدرهم على أن يطعمه كل يوم فقصر الى الليل فهو فاسد كالمسئلة من غير ذكر خلاف فن مشايخنا من قال بهذه المسئلة ثبت رجوعهما الى قول أبي حنيفة اذ لا يتضح الفرق بين هذه المسئلة وبين تلك المسائل ومنهم من قال ما ذكر في هذه المسائل قياس قوله ما وما ذكر فيما تقدم استحسان على قوله لانه لا فرق بين هذه المسئلة وبين تلك المسائل والله أعلم انتهى وأنت خير بأنه لا بد من الفرق بين هذه المسئلة وبين المسئلة الثانية في الشرح حتى تجوز تلك بالاجماع بخلاف هذه (قوله دل على أن مراده التجهيل) أقول لكونه وصفاً مطلوباً قال المصنف (لان مؤجر الأرض يصير مستأجراً منافع الاجير) أقول هذا دليل آخر على أصل المدعى فالظاهر أن يقال ولان بالواو (قوله فانه لا يفسد العقد لان الاول حينئذ من مقتضياته والثاني ليس فيه الخ) أقول وأنت خير بأن الثاني أيضاً من مقتضيات العقد وقوله ليس فيه لاحد المتعاقدين منفعة ممنوع بل فيه نفع للمستأجر حيث لا تنافي زراعته الا به (قوله دون الاول) أقول ولئن بقي فكره من مقتضيات العقد كالكراب بخلاف الانهار العظام

ولهذا جازت الاجارة بدين) أي بأجرة هي دين على المؤجر ولولم تكن المنافع بمنزلة الاعيان لكان ذلك ديناً بدين (ولنا) في ذلك طريقان أحدهما (أن الجنس بانفراده يحترم النساء عندنا فصار كبيع القوهي بالقوهي نسبة) وقد تقدم بيان أن الجنس بانفراده يحرم النساء ومعنى القوهي تقدم في البيوع (والى هذا) أي الى هذا الطريق (أشار محمد) وهو ما روى ابن سماعة كتب الى محمد بن الحسن في هذه المسئلة فكتب في جوابه انك أطلت الفكرة فأصابك الحيرة وجالست الخنائى فكانت منكزلة أما علمت أن السكني بالسكني كبيع القوهي بالقوهي نساء والحنائى اسم محدث كان ينسكرا لحوض على ابن سماعة في هذه المسائل ويقول لا برهان لكم عليها وفيه بحث من وجهين الاول أن النساء ما يكون عن اشتراط أجل في العقد وتأخير المنفعة فيما نحن فيه ليس كذلك والثاني أن النساء انما يتصور في مبادلة موجود في الحال بما ليس كذلك وفيما نحن فيه ليس كذلك فإن كل واحد منهما ليس بموجود بل يحدثان شيئاً فشيئاً وأجيب عن الاول بأنهما لما أقدمنا على عقد بتأخير العقود عليه فيه ويحدث شيئاً فشيئاً كان ذلك أبلغ في وجوب التأخير من المشروط فالحق به دلالة احتياطاً عن شبهة الحرمة وفيه نظر لان في النساء شبهة الحرمة فلا لحاق به تكون شبهة الشبهة وليست بعمرمة والجواب أن الثابت بالدلالة كالثابت بالعبارة فلا لحاق تثبت الشبهة لاشتمالها على الثاني بأن الذي لم تصحبه الباء (١٩٣) يقام فيه العين مقام المنفعة ضرورة تحقق العقود عليه دون ما تصحبه لفقدانها فيه ولزم وجود أحدهما حكماً وعدم الآخر وتحقيق النساء ويجوز أن نسلك طريقاً آخر وهو أن يقال المدعى أن هذه الاجارة فاسدة لان العقود عليه اما أن يكون موجوداً دون الآخر أو لا فإن كان لزم النساء وهو باطل وان لم يكن فكذلك لعدم العقود عليه لا يقال قسمة غير حاضرة لجواز أن يعتبرها موجودين لان بطلانه قد تقدم

حتى جازت الاجارة بأجرة دين ولا يصير ديناً بدين ولنا أن الجنس بانفراده يحرم النساء عندنا فصار كبيع القوهي بالقوهي نسبة والى هذا أشار محمد

أذا شرط أن يكربها مرتين في موضع لا يخرج الارض الربع الا بالكرب مرتين أو كانت تخرج بالكرب مرة الا أن مدة الاجارة كانت ثلاث سنين لا يكون هذا الشرط مفسداً للعقد لانه يكون في الاول من مقتضيات العقد وفي الثاني ليس فيه منفعة لصاحب الارض فهو زور عبارة العنابة والثاني ليس فيه لاحد المتعاقدين منفعة لعدم بقاء أثره بعد المدة وقال بعض الفضلاء واثبت خبراً بأن الثاني أيضاً من مقتضيات العقد وقوله ليس فيه لاحد المتعاقدين منفعة ممنوع بل فيه نفع للمستأجر حيث لا تتأني زراعة الابنة انتهى (أقول) ليس شئ من شطري كلامه بسديد أما شرطه الاول فلانه اذا كانت الارض تخرج الربع بالكرب مرة ولكن كانت مدة الاجارة ثلاث سنين كما هو المراد بالثاني فلا شك أن الكرب مرتين في هذه الصورة لا يكون من مقتضيات العقد للقطع بحصول المقصود بالعقد فمما بالكرب مرة واحدة من غير حاجة الى الكرب مرة أخرى وما حصل المقصود بالعقد به فكيف يكون من مقتضياته وأما شرطه الثاني فلانه اذا كانت الارض تخرج الربع بالكرب مرة فهل يقول العاقل لا تتأني الزراعة هناك الا بالكرب مرتين حتى يتوهم النفع للمستأجر في اشتراط الكرب مرتين في موضع تخرج الارض الربع بالكرب مرة وكانت المدة ثلاث سنين ومن قال من الشراح ليس فيه منفعة لصاحب الارض فاما خص صاحب الارض بالذكر بناء على عدم احتمال النفع فيه أصلاً للمستأجر لانه لا نفع فيه والا يستقيم التقريب كما لا يخفى (قوله ولنا أن الجنس بانفراده يحرم النساء عندنا فصار كبيع القوهي بالقوهي نسبة والى هذا أشار محمد رحمه الله) وهو ما حكى ابن سماعة كتب

(قوله ولهذا جازت الاجارة

بدين أي بأجرة هي دين

على المؤجر) أقول يعني كان للمستأجر على المؤجر دين فاستأجر منه داراً

(٣٥ - تكمله سابع)

بذلك الدين الذي في ذمته (قوله أما علمت أن السكني بالسكني) أقول الظاهر أن المضاف مقدراً أي بمبادلة السكني بالسكني (قوله وأجيب عن الاول بأنهما لما أقدمنا على عقد بتأخير العقود عليه فيه ويحدث شيئاً فشيئاً) أقول الانسب أن يقول بتأخير مقابل العقود عليه عنه كما يعلم من جواب البحث الثاني (قوله وعن الثاني بأن الذي لم تصحبه الباء يقام فيه العين مقام المنفعة) أقول فيه شئ فانه اذا أقيم العين مقام المنفعة لم يتحقق المجانسة المحرمة للنساء اذا لمجانسة بين العين والمنفعة ووجوده الحكمي لوسم يورث شبهة في الحلاق فتتحقق شبهة الشبهة تأمل وانما قلت لوسم لانه يجرى الى مذهب الشافعي ظاهراً (قوله ضرورة تحقق العقود عليه دون ما تصحبه لفقدانها) أقول الضمير في قوله لفقدانها يرجع الى قوله ضرورة (قوله ويجوز أن نسلك طريقاً آخر الخ) أقول فيه بحث (قوله فان كان لزم النساء وهو باطل الخ) أقول هذا لا يتجه الزاماً على الباحث فانه يختار هذا الشق ويمنع استلزامه للفساد مستنداً بأن مثله موجود في مبادلة السكني بالزراعة مثلاً وهو جائز بالاجماع فليتأمل (قوله لا يقال قسمة غير حاضرة لجواز أن يعتبرها موجودين) أقول الاظهر أن يقال في تقرير السؤال انما يستقيم ما ذكرت أن لو انحصر صدق القسم الثاني في عدمها وليس كذلك لجواز أن يكون صدقه بأن يعتبر وجودهما وانما قلنا ان الاظهر ذلك لظهور كون القسمة حاضرة

من بلغ الى محمد بن الحسن في هذه المسئلة وقال لم لا يجوز اجارة سكني دار بكسني دار فكسني دار في جوابه انك اطلت الفكرة فأصابتك الحيرة وجالست الخناق فكانت منكزلة أما علمت أن السكني بالسكني كبيع القوهي بالقوهي نساء والخناق اسم محدث كان يشكر الخوض على ابن ميمونة في هذه المسائل ويقول لا برهان لكم عليها كذا في شرح الجامع الصغير لفخر الاسلام والفوائد الظهيرية وذكر في عامة شروح هذا الكتاب أيضا قال صاحب العناية في هذا الطريق من الاستدلال بحث من وجهين الاول ان النساء ما يكون عن اشتراط أجل في العقد وتأخير المنفعة فيما نحن فيه ليس كذلك والثاني ان النساء انما يتصور في مبادله موجود في الحال بما ليس كذلك وفيما نحن فيه ليس كذلك فان كل واحد منهما ليس بموجود بل محدثان شيئا فشيئا وأجيب عن الاول بأن ما أقدمنا على عقدينا آخر العقود عليه فيه ومحدث شيئا فشيئا كان ذلك أبلغ في وجوب التأخير من المشروط فالحق به دلالة احتياط عن شبهة الحرمة وفيه نظر لان في النساء شبهة الحرمة فبالإلحاق به تكون شبهة الشبهة وهي ليست بحرمة والجواب أن الثابت بالدلالة كالنائب بالعبارة فبالإلحاق تثبت الشبهة لاشبهتها وعن الثاني بأن الذي لم تصحبه الباء بقاء فيه العين مقام المنفعة ضرورة تحقق العقود عليه دون ما تصحبه لفقدانها فيه ولزم وجود أحدهما حكما وعدم الآخر وتحقق النساء الى هنا كلامه (أقول) في الجواب عن الوجه الثاني بحث من وجهين الاول انه اذا أقيم العين مقام المنفعة في أحد الطرفين دون الطرف الآخر واعتبر ذلك العين الموجود في الحال معقودا عليه في العقد لا تحقق المجانسة بين البديلين الا بمجانسة بين العين والمنفعة فلا يوجد في العقد ما يحرم النساء فلا يتم المطالب والثاني أن هذا الجواب ينافي الجواب المذكور عن الوجه الاول لان مقتضى هذا الجواب أن يكون المعقود عليه فيما نحن فيه هو العين القائم مقام المنفعة ومقتضى ذلك الجواب أن يكون المعقود عليه هو نفس المنفعة لانها التي تتأخر ومحدث شيئا فشيئا فكان بينهما تدافع فان قلت المعقود عليه فيه حقيقة نفس المنفعة وحكما العين القائم مقام المنفعة فقد ارجع الجواب عن الاول على الحقيقة ومدار الجواب عن الثاني على الحكم فلا تنافي بينهما قلت في جعل الحكم الاول مر تباع على الحقيقة والثاني مر تباع على الحكم دون العكس تحكم بل احتمال لفساد العقد ولم يجعل الامر بالعكس تصحيا للعقد حتى يكون أوفق بقاعدة الشرع وهي وجوب تصحيح تصرف العاقل مهما أمكن ثم قال صاحب العناية ويجوز أن نسلك طريقا آخر وهو أن يقال المدعى أن هذه الاجارة فاسدة لان المعقود عليه اما أن يكون موجودا دون الآخر أولا فان كان لزم النساء وهو باطل وان لم يكن فكذلك لعدم المعقود عليه انتهى (أقول) فيه أيضا بحث لانه أن أراد بالمعقود عليه الذي رددته ما هو المعقود عليه حقيقة وهو المنفعة يختار الشق الثاني من التردد ويكون قوله وان لم يكن فكذلك لعدم المعقود عليه غير صحيح لان ما هو المعقود عليه حقيقة معدوم في كل عقد اجارة ولهذا كان القياس بأبي جواز ما لا انا جوزه له حاجة الناس اليه فأقنا الدار مثلا مقام المنفعة في حق اضافة العقد اليه يرتبط الايجاب بالقبول كما مر في صدر كتاب الاجارات فلم يكن عدم ما هو المعقود عليه حقيقة مبطلا لعقد الاجارة قط وان أراد بذلك ما هو المعقود عليه حكما وهو العين القائم مقام المنفعة يختار الشق الاول من التردد ويكون قوله فان كان لزم النساء وهو باطل غير تام لان النساء انما يبطل عند اتحاد الجنس وعلى تقدير أن يجعل المعقود عليه هو العين القائم مقام المنفعة لا تحقق المجانسة بين البديلين كما عرفت فيما مر آنفا واعترض بعض الفضلاء على قوله فان كان لزم النساء وهو باطل بوجه آخر حيث قال هذا لا يجبه الزاعم على الباحث فانه يختار هذا الشق ويمنع استلزامه للفساد مستندا بأن مثله موجود في مبادلة السكني بالزراعة مثلا وهو جائز بالاجماع فليتأمل (أقول) هذا في غاية السقوط اذ ليس في مبادلة السكني بالزراعة مبادلة الشيء

(و) الثاني (أن الاجارة تجوزت بخلاف القياس الحاجة ولا حاجة عند اتحاد الجنس) لحصول مقصوده بما هو له من غير مبادلة (بخلاف ما اذا اختلف جنس المنفعة) كالركوب والبس والزراعة والسكنى (١٩٥) فان قيل اذا اختلف الجنس لزم الكالئ

بالكالئ أجب بأنه يتحقق في الدين والمنفعة ليست بدین وان قيل انتفى المعقود عليه منعاه بقيام العين مقام المنفعة فيما لم تصب به الباه ثم اذا استوفى أحدهما المنافع وجب عليه أجر المثل في ظاهر الرواية لانه استوفى منفعة بحكم عقد فاسد فعليه أجر المثل وروى بشرع أني يوسف أنه لا شيء عليه لانه تقوم المنفعة بالتسمية وقد فسدت قال (واذا كان الطعام بين رجلين الخ) واذا كان الطعام بين رجلين فاستأجر أحدهما صاحبه أو جاره صاحبه على أن يحمل نصيبه فعمل الطعام كله فلا أجر له يعني لا المسمى ولا أجر المثل وقال الشافعي رحمه الله المسمى لان المنفعة عين عنده وبيع العين شائعاً جائز وصار كما اذا استأجر داراً مشتركة بينه وبين غيره ليضع فيها الطعام يعني الطعام المشترك أو عبداً مشتركاً ليخطب الثياب

(قوله يعني الطعام المشترك) أقول وعندى لا حاجة في أتمام الكلام الى جعل الطعام مشتركاً فإنه لو كان

ولان الاجارة تجوزت بخلاف القياس الحاجة ولا حاجة عند اتحاد الجنس بخلاف ما اذا اختلف جنس المنفعة قال (واذا كان الطعام بين رجلين فاستأجر أحدهما صاحبه أو جاره صاحبه على أن يحمل نصيبه فعمل الطعام كله فلا أجر له) وقال الشافعي له المسمى لان المنفعة عين عنده وبيع العين شائعاً جائز وصار كما اذا استأجر داراً مشتركة بينه وبين غيره ليضع فيها الطعام أو عبداً مشتركاً ليخطب له الثياب بجنسه والذي يحرم النساء بانفراده انما هو الجنس لا غير فلا مجال لان يقال لان مثل ما قيل فيما نحن فيه من بطلان النساء موجود في مبادلة السكنى بالزراعة وهذا مع ظهوره جداً كيف خفي على مثله ثم ان الامام الزبلي استشكل أصل الدليل المذكور حيث قال في التبيين وهذا مشكل على القاعدة فإنه لو كان كذلك لما جاز بخلاف الجنس أيضاً لان الدين بالدين لا يجوز وان كان بخلاف الجنس ولان العقد على المنافع ينقد ساعة فساعة على حسب حدودها على ما ينمي من القاعدة تقبل وجودها لا ينقد عليها العقد فاذا وجدت فقد استوفيت فلم يبق دينا فكيف يتصور فيها التسيئة فعلم بذلك أن الاختصاص به غير مختص الى هنا كلامه (أقول) كل من وجهي استشكله ساقط أما وجه الاول فلان الدليل المذكور لا يقتضي عدم جواز العقد بخلاف الجنس أيضاً قوله ان الدين بالدين لا يجوز وان كان بخلاف الجنس مسلم ولكن ليس في مبادلة المنافع مبادلة الدين بالدين لان المنافع ليست بدین اذا الدين ما ثبت في الذمة والمنافع لا تثبت في الذمة صرح بذلك في النهاية بل عامة الشروح وأما وجه الثاني فلان الانعقاد في العقد على المنافع وان حصل ساعة فساعة على حسب حدود المنافع الا أن نفس العقد وهو الايجاب والقبول الصادران عن المتعاقدين مع ارتباط أحدهما بالآخر موجود بالفعل وهو علة معلولها الانعقاد وتأخر المعلول عن العمل الشرعية جائز على ما عرف فنعني انعقاد عقد الاجارة ساعة فساعة أن عمل العلة ونفاذها في المثل يحصل ساعة فساعة لأن نفس العقد يكون ساعة فساعة اذ لا شك أن الايجاب والقبول لا يصدران عن المتعاقدين الامر واحدة وهذا كله مما تقرر في صدر كتاب الاجارة تقبل وجود المنافع وان لم يحصل الانعقاد الا أنه يتحقق نفس العقد فحين أن يتحقق نفس العقد وهو أن صدوره عن المتعاقدين تحقق التسيئة في المنافع قطعاً فيبطل العقد فيما اذا كان البدل ان منفعة واتحد جنسهما كما فيما نحن فيه ويبطل قوله فكيف يتصور فيها التسيئة تبصر ترشد (قوله ولان الاجارة تجوزت بخلاف القياس الحاجة ولا حاجة عند اتحاد الجنس) قال الشراح لحصول مقصوده بما هو له من غير مبادلة انتهى (أقول) الخصم أن يقول لا نسلم انتفاء الحاجة عند اتحاد الجنس ولا حصول مقصوده بما هو له من غير مبادلة اذ لا يخفى أن كثير من الناس قد يحتاج الى سكنى بعض الدور دون بعضها ولا يحصل مقصوده بسكنى بعضها دون بعض لاختلاف المقاصد باختلاف الاماكن بحسب تعدد البالد بل بحسب تعدد الحال من بلد واحد فكم منهم يحتاج الى السكنى في بلد آخر أو في محلة منه لمحصل حوائجه ومهمات في ذلك ولا يحتاج الى السكنى في بلد آخر أو في محلة أخرى من البلد الاول لعدم حصول تلك الحوائج والمهمات هناك اللهم الا أن يقال هذا القدر من الحاجة لا يكفي في ترك القياس وكأنه أشير اليه في الكافي وغيره بأن يقال والحاجة لا تعم عند اتحاد الجنس وانما تعم عند اختلاف الجنس والكمال من باب الفضول والاجارة ما شرعت لانتفاء الفضول انتهى تأمل تقف (قوله وصار كما اذا استأجر داراً مشتركة بينه وبين غيره ليضع فيها الطعام) قال صاحب العناية يعني الطعام المشترك وقال بعض الفضلاء وعندى

للاستأجر خاصة بتوجه الزام الشافعي بأن وضع الطعام فعل حسي والمستأجر هو النصيب الشائع من الدار ولا يتصور فيه الفعل الحسي بل لا يبعد أن يدعى أن تقييد الطعام بالاشتراك محل فليتأمل

ولنا أنه استأجره لعل لا وجود له لأن الحمل فعل حسي لا يتصور في الشائع إذا حمل يقع على معين والشائع ليس معين فان قيل إذا حمل الكل فقد حمل البعض لا محالة فيجب الاجر أجيب بأن حمل الكل حمل معين وهو ليس بمعقود عليه والاستئجار لعل لا وجود له لا يجوز لعدم المعقود عليه وإذا لم يتصور تسليم المعقود عليه لا يجب الاجر أصلاً وفرق بين هذا وأجارة المشاع فإنها أيضاً فاسدة عنده فان استوفى المنفعة وجب عليه أجر المثل بأن هناك تسليم المعقود عليه متعذر على الوجه الذي أوجبه العقد فإذا استوفى المنفعة وجب الاجر وأما هنا فإنه متعذر أصلاً فلا يجب (١٩٦) (قوله بخلاف البيع) جواب عن قياس الشافعي على البيع وذلك (لان

ولنا أنه استأجره لعل لا وجود له لأن الحمل فعل حسي لا يتصور في الشائع بخلاف البيع لانه تصرف حكيم وإذا لم يتصور تسليم المعقود عليه لا يجب الاجر ولان ما من جزء يحمله الا وهو شريك فيه فيكون عاملاً لنفسه فلا يتحقق التسليم

لا حاجة في اتتمام الكلام الى جعل الطعام مشتر كافاً لو كان المستأجر خاصة بتوجه الزام الشافعي بأن وضع الطعام فعل حسي والمستأجر هو النصيب الشائع من الدار ولا يتصور فيه الفعل الحسي انتهى (أقول) ما ذكره في بيان أنه لا حاجة في اتتمام الكلام الى جعل الطعام مشتر كالكلام خال عن التحصيل لان لفظ الالتزام في قوله يتوجه الزام الشافعي أما ان يكون مضاعفاً لمفعوله أو الى فاعله وعلى الوجهين لا يتم ما ذكره أما على الاول فلان هذه المسئلة المستشهدة بها من قبل الشافعي وهي جواز استئجار الدار المشتركة بين المستأجر وغيره لوضع الطعام بما لا يخالفه فيه بيننا وبين الشافعي بل هي مجمع عليها ولهذا ذكرنا في دليله بطريق الاستشهاد علينا فكيف يتوجه الزامنا الشافعي بما يقتضي خلاف ما نقرر عندنا وهذا يصير ذلك الزاماً علينا أيضاً وأما على الثاني فلان المعقود عليه في تلك المسئلة منافع الدار دون العمل وتسليم منافع الدار يتحقق بدون وضع الطعام فلا ضير هناك في أن لا يكون النصيب الشائع محلاً للفعل الحسي بخلاف ما نحن فيه فان المعقود عليه هنا العمل الذي هو الفعل الحسي وهو لا يتصور في الشائع فلم يتصور الالتزام علينا من الشافعي أصلاً * ثم أقول التظاهر عندى أيضاً أنه لا حاجة هنا الى تقييد الطعام بكونه مشتركاً ولهذا لم يقيده بذلك سائر الشراح قط لكن لما ذكره ذلك القائل بل لان غشبية استهاد الشافعي ظاهراً بالمسئلة المذكورة لا يتوقف على تقييد الطعام بذلك بل يحصل بمجرد اشتراك الدار بين المستأجر وغيره كاشتراك الطعام بينهما في المسئلة التي نحن فيها وكذلك الجواب الذي يأتي من قبلنا عن استهاد الشافعي بتلك المسئلة لا يختص بصورة تقييد الطعام بذلك بل يتم ويجرى على الاطلاق يشهد بذلك كله التأمل الصادق (قوله ولنا أنه استأجره لعل لا وجود له لأن الحمل فعل حسي لا يتصور في الشائع) قال في العناية إذا حمل يقع على معين والشائع ليس معين وقال فان قيل إذا حمل الكل فقد حمل البعض لا محالة فيجب الاجر أجيب بأن حمل الكل حمل معين وهو ليس بمعقود عليه انتهى (أقول) في الجواب ننظر وهو ان عدم كون حمل الكل معقوداً عليه لا يجدي شيئاً في دفع السؤال لان حاصل السؤال أن حمل الطعام واقع على معين قطعاً كان موجوداً وحمل الكل لا يتصور بدون حمل كل جزء منه فقد استلزم وجود حمل الكل وجود حمل كل جزء منه لا محالة ومن جملة الاجزاء نصيب المستأجر فلا بد أن يجب الاجر لحمل ذلك الجزء الذي هو المعقود عليه ولا شك أن عدم كون الكل معقوداً عليه لا يقيده شيئاً في دفع ذلك وانما يكون مفيداً لو كان المقصود من السؤال وجوب الاجر بحمل الكل وليس فليس (قوله ولان ما من جزء يحمله الا وهو شريك فيه فيكون عاملاً لنفسه فلا يتحقق التسليم) قال

البيع تصرف حكيم) أى شرعى والتصرف في الشائع شائع شرعاً كما اذا باع أحد الشريكين نصيبه وقوله (ولان ما من جزء) دليل آخر على المطلوب ووجهه أن حامل الشائع ما يحمل من جزءه الا وهو شريك فيه وكل من حمل شيئاً هو شريك فيه كان عاملاً لنفسه ومن عمل لنفسه لم يستحق أجره على غيره لعدم تحقق التسليم اليه ولقائل أن يقول لا يخفى من أنه عامل لنفسه فقط أو عامل لنفسه وغيره والاول ممنوع فانه شريك والثاني حقيق لكن عدم استحقاقه الاجر على فعله لنفسه لا يستلزم عدمه بالنسبة الى ما وقع لغيره والجواب أنه عامل لنفسه فقط لان عمله لنفسه أصل وموافق للقياس وعمله لغيره ليس بأصل بل بناء على أمر مخالف للقياس في الحاجة

(قوله أجيب بأن حمل الكل حمل معين) أقول في هذا

الجواب تأمل فانه ظاهر ان النصيب الشائع غير خارج عن الكل بل داخل فيه فإذا حمل الكل كان هو محمولاً معه صاحب ويكون كاجارة المشاع فان الالتزام هنا أيضاً تعذر التسليم على الوجه الذي يقتضيه العقد فينبغي أن يحكم بأجر المثل (قوله بأن هناك تسليم المعقود عليه متعذر) أقول هذا ناظر لقوله وفرق بين هذا الخ قال المصنف (ولان ما من جزء يحمله الا وهو شريك فيه) أقول الاظهر ما من قفيز أو ما من جبة لان الجزء ينطلق على الشائع (قوله ومن عمل لنفسه لم يستحق أجره على غيره) أقول والالتزام العوض والمومن في شخص واحد

وهي تندفع بجمعها عاملا لنفسه لحصول مقصود المستأجر باعتبار جهة كونه عاملا لنفسه فقط فلم يستحق الاجر وقوله (بخلاف الدار المشتركة) جواب عن قياس الخصم على استئجار الدار المشتركة ووجهه أن المعقود عليه هناك منافع الدار وتسلمها متحقق بدون وضع الطعام فيه فانه اذا تسلّم البيت ولم يضع فيه الطعام أصلا وجب عليه الاجر بخلاف الحمل فان المعقود عليه هو العمل وتسلمه في الشائع لا يتحقق كما هو وقوله (وبخلاف العبد) جواب عن قياسه على استئجار عبد المشترك ووجهه أن المستأجر للعبد المشترك تلك منفعة نصيب صاحبه والمالك أمر حكمي يمكن إيقاعه في الشائع كافي البيع بخلاف الحمل لأنه فعل حسي فكان الضابط أن كل موضع لا يجب فيه الاجر الا بإيقاع عمل في العين المشتركة لا يجب وكل موضع لا يكون كذلك يجب كالدار المشتركة والسفينة المشتركة كالحمل الطعام المشترك (ومن استأجر أرضا ولم يبين أنها للزراعة أو غيرها أو بين أنها للزراعة ولم يبين ماذا يزرع فيها فالاجارة فاسدة) لجهالة المعقود عليه لان الأرض كما تستأجر للزراعة تستأجر لغيرها كالبناء والغرس (وكذا ما يزرع) (١٩٧) فيها يختلف فنه ما يضر بالأرض أكثر من غيره كالذرة والارزقان ضررها

بها أكثر من ضرر الخنطة والشعير وجهالة المعقود عليه ففسد العقد فان زرعها ومضى الاجل وجب الاجر استحسانا والقياس أن لا يكون له ذلك وهو قول زفرلانه انعقد فاسدا فلا يتقاب جازا ووجه الاستحسان أن الجهالة قد ارتفعت قبل تمام العقد بنقض الحاكم بوقوع ما وقع فيها من الزرع لان الاجارة عقد يعقد للاستقبال فاذا شاهد المزرع في بعض المدة وعرف أنه ضارا وليس بضار فقد ارتفعت الجهالة المفصلة الى النزاع من ذلك الوقت وارتفاعها من ذلك الوقت كارتفاعها من حالة العقد لان كل جزء منه بمنزلة ابتداءه ولو ارتفعت من الانبداء جاز فكذا ههنا

بخلاف الدار المشتركة لان المعقود عليه هناك المنافع ويتحقق تسليمها بدون وضع الطعام وبخلاف العبد لان المعقود عليه انما هو ملك نصيب صاحبه وأنه أمر حكمي يمكن إيقاعه في الشائع (ومن استأجر أرضا ولم يذكر أنه يزرعها أو أي شيء يزرعها فالاجارة فاسدة) لان الأرض تستأجر للزراعة وغيرها وكذا ما يزرع فيها يختلف فنه ما يضر بالأرض ما يضر بها غيره فلم يكن المعقود عليه معلوما صاحب العناية ولقائل أن يقول لا يخول من أنه عامل لنفسه فقط أو عامل لنفسه ولغيره والاول ممنوع فانه شريك والثاني حق لكن عدم استحقاقه الاجر على فعله لنفسه لا يستلزم عدمه بالنسبة الى ما وقع لغيره والجواب أنه عامل لنفسه فقط لان عمله لنفسه أصل وموافق للقياس وعمله لغيره ليس بأصل بل بناء على أمر يخالف للقياس في الحاجة وهي تندفع بجمعها عاملا لنفسه لحصول مقصود المستأجر باعتبار جهة كونه عاملا لنفسه فقط فلم يستحق الاجر انتهى كلامه (أقول) في الجواب شيء وهو أن قوله وهي تندفع بجمعها عاملا لنفسه لحصول مقصود المستأجر ليس تمام لأنه انما تندفع بجمعها عاملا لنفسه حاجة المستأجر دون حاجة الاجير فان له حاجة الى الاجر كما أن للمستأجر حاجة الى المنفعة وعلى تقدير جهة له عاملا لنفسه فقط لا تنقض حاجته بل انما تنقض حاجة المستأجر فقط والظاهر ان عقد الاجارة لم يشرع لحاجة المستأجر فقط بل انما يشرع لحاجة كل واحد من المتعاقدين واذا لم يجب للاجير العامل فيما نحن فيه أجر لم تندفع الحاجة التي شرع عقدا لاجارة لها فلم يتم الجواب وزيف بعض الفضلاء قوله وهي تندفع بجمعها عاملا لنفسه لحصول مقصود المستأجر ووجه آخر حيث قال كيف يحصل مقصود والاجير اذا علم أنه لا يعطى له الاجر لا يحمل نصيب المستأجر بل يقاسم ويحمل نصيب نفسه انتهى (أقول) ليس هذا بشيء اذ لا يذهب عليه ان وضع مسئلتنا فيما اذا حمل الكل ولا شك في حصول مقصود المستأجر فيه واحتمال أن لا يحصل مقصوده في صورة عدم حمل الكل لا يقدح في الكلام المبني على وضع المسئلة كما لا يخفى (قوله وبخلاف العبد لان المعقود عليه انما هو ملك نصيب صاحبه وأنه أمر حكمي يمكن إيقاعه في الشائع) هذا جواب عن قياس الخصم على

وصار كما اذا استأجر الى الدياس مثلا ثم أسقط الاجل قبل أن يأخذ الناس فيه وكذا اذا باع بشرط الخيار الى أربعة أيام ثم أسقط الرابع وكما اذا باع بشرط قبل مجيئه وهذا رد المختلف على المختلف فان زفرلانه يقر بذلك أيضا ولكن لما أثبت ذلك بدليله فيما تقدم ذكره هنا بطريق المبادئ لا يقال ذكر هذه المسئلة تكرارا لانه ذكر في أول باب ما يجوز من الاجارة ويجوز استئجار الاراضي للزراعة ولا يصح العقد حتى يسقى ما يزرع فيها لان ذلك وضع القدوري وهذا وضع الجامع الصغير يشتمل على زيادة فائدة هي قوله

(قوله وهي تندفع بجمعها عاملا لنفسه لحصول مقصود المستأجر) أقول كيف يحصل مقصوده والاجير اذا علم أنه لا يعطى له الاجر لا يحمل نصيب المستأجر بل يقاسم ويحمل نصيب نفسه (قوله والمالك أمر حكمي يمكن إيقاعه في الشائع كافي البيع) أقول الخطاطة أمر حسي كيف تتصور من الشائع (قوله ان الجهالة قد ارتفعت قبل تمام العقد بنقض الحاكم) أقول العقد لا يتم بنقض الحاكم بل بنسخ من الاصل (قوله لان كل جزء منه بمنزلة ابتداءه) أقول في دلالته على المدعى تأمل بل فيه نوع مغالطة (قوله لان ذلك وضع القدوري الخ) أقول جواب لقوله لا يقال ذكر هذه المسئلة الخ

(فان زرعها ومضى الاجل قبل المسمى) وهذا استحسان وفي القياس لا يجوز وهو قول زفر لانه وقع فاسدا فلا يتقلب جائزا وجه الاستحسان أن الجهة الارتفاعت قبل تمام العقد فينقلب جائزا كما اذا ارتفعت في حالة العقد وصار كما اذا أسقط الاجل المجهول قبل مضيه والخيار الزائد في المدة (ومن استأجر جارا الى بغداد بدبرهم ولم يسم ما يحمل عليه فحمل الناس فنفق في نصف الطريق فلا ضمان عليه)

فان زرعها ومضى الاجل قبل المسمى (ومن استأجر جارا الى بغداد بدبرهم ولم يسم ما يحمل عليه فحمل عليه ما يحمله الناس فهلك في نصف الطريق فلا ضمان عليه لان الاجارة وان كانت فاسدة العين المستأجرة أمانة في يد المستأجر) لان حكم الفاسد انما يؤخذ من الجائز لا من الفاسد بنفسه لان مباشرة ما مورث بقضه فلا بد وان يأخذ من الصحيح حكمه

قال المصنف (وفي القياس لا يجوز) أقول قال السكاكي أي لا يجوز العقد أي لا يتقلب جائزا فيجب أجر المثل لا المسمى انتهى وفي شرح الشاهان أي لا يجوز أن يكون له المسمى انتهى فتأمل أنت قال المصنف (وصار كما اذا أسقط الاجل المجهول) أقول قال في النهاية بأن باع أو أجاز الى وقت الحصاد والدياس ثم أسقط ذلك الاجل قبل أن يأخذ الناس بالحصاد انتهى وفي شرح الشاهان والدياس انتهى

استأجر العبد المشترك لكن في ظاهره خفاء لان عقد الاجارة عليك المنافع بعوض على ماصر في صدر الكتاب ونصيب صاحبه انما هو في عين العبد لا في منافعه لان المنافع مما لا تقبل الشركة على ما نصوا عليه فكيف يكون المعقود عليه في استأجر العبد المشترك هو ملك نصيب صاحبه وانما يتصور أن يكون المعقود عليه ذلك في البيع الذي هو عليك العين بعوض وعن هذا ارتكب الشراح تقديري في حل هذا المحل فقال صاحب النهاية لان المعقود عليه انما هو ملك نصيب صاحبه أي منفعة ملك نصيب صاحبه فلما كان ذلك منفعة لا فعلا كالحل صح ابقاعه في الشائع كما قلنا في الدار المشتركة ان العقد يرد على المنفعة انتهى (أقول) فيه نظر لان قياس الخصم انما هو على استأجر العبد المشترك ليخط له الثياب كما صرح به في الكتاب لا الانتفاع به مطلقا فيكون العبد المشترك في تلك الصورة أجيرا مشتركا ولو يكون المعقود عليه هو عمل الخياطة لا المنفعة مطلقا وانما يكون المعقود عليه هو المنفعة مطلقا كان العبد أجيرا وحد ذلك ليس بمقيس عليه ولا شك أن عمل الخياطة فعل حسي كالحل فينبغي ان لا يصح ابقاعه في الشائع كالحل فلم يتم الفرق وقال صاحب العناية وقوله وبخلاف العبد جواب عن قياس الخصم على استأجر العبد المشترك ووجهه أن المستأجر للعبد المشترك ملك منفعة نصيب صاحبه والملك أمر حكمي يمكن ابقاعه في الشائع كافي البيع بخلاف المحل لانه فعل حسي انتهى (أقول) فيه أيضا نظر لانه ان كان مسددا فرفقه على أن المعقود عليه في العبد المشترك هو المنفعة وفيما نحن فيه هو الفعل الحسي كما هو في البهائم المنفعة في قوله ملك منفعة نصيب صاحبه يتجه عليه ما أوردناه على تقرير صاحب النهاية من أن قياس الخصم على استأجر العبد المشترك على فعل حسي هو عمل الخياطة لا على استأجره على المنفعة فلا يتم الفرق وان كان مدار فرقه على تحقق ملك المنفعة في استأجر العبد المشترك وتكون الملك مما يمكن ابقاعه في الشائع كما يشعر به قوله ملك منفعة نصيب صاحبه بتقديم الملك على المنفعة على عكس ما في النهاية وقوله والملك أمر حكمي يمكن ابقاعه في الشائع كافي البيع يرد عليه ان ملك المنفعة يتحقق فيما نحن فيه أيضا لان عقد الاجارة عليك المنافع بعوض في كل فرد من أفراد الاجارة ملك المستأجر البتة المنفعة التي وقع عليها العقد فينبغي أن يجوز ما نحن فيه أيضا باعتبار ابقاع ملك المنفعة في المشاع لا يقال لم يتحقق ملك المنفعة فيما نحن فيه لبطلان الاجارة فيه بخلاف المقيس عليه لانا نقول لبطلان الاجارة فيما نحن فيه أول المسئلة وقد خالف فيها الشافعي واستدل على جواز الاجارة فيه أيضا بوجوه منها قياسه على استأجر العبد المشترك للخياطة فبناء الفرق بينهما على بطلان الاجارة فيما نحن فيه مصدرة على المطلوب وقال صاحب غاية البيان وقوله وبخلاف العبد جواب عما فاس عليه فيما اذا استأجر عبد مشتركا كالحيط له الثياب يعني ان المستأجر للعبد المشترك ملك منفعة نصيب صاحبه والملك أمر حكمي فيمكن اثباته حكما وان لم يكن حسبا بخلاف المتنازع فيه لانه أمر حسي لا يتصور في الشائع لعدم الامتياز حسا اه (أقول) مضمونه موافق لما في العناية فيه ما فيه فتأمل في التوجيه (قوله فان زرعها ومضى الاجل قبل المسمى) قال صاحب غاية البيان في شرح هذا المقام فان زرعها بعد فاسد العقد لجهالة يتعين ذلك الزرع معقودا عليه ويتقلب العقد الى الجواز ويجب

لان العين المستأجرة أمانة في يد المستأجر وان كانت الاجرة فاسدة (فان بلغ بغداد فله الاجر المسمى)
استحسانا على ما ذكرنا في المسئلة الاولى (وان اختصما قبل أن يحمل عليه) وفي المسئلة الاولى قبل
أن يزرع (نقضت الاجارة) دفعا للفساد اذا الفساد قائم بعد

باب ضمان الاجير

الاجر المسمى اذا لم يكن ذلك قبل نقض القاضي العقد اه كلامه (أقول) لا معنى لقوله اذا لم يكن
ذلك قبل نقض القاضي العقد فان ما ذكر من انقلاب العقد الى الجواز ووجوب الاجر المسمى انما يتصور
اذا كان زرعها قبل نقض القاضي العقد وما اذا لم يكن ذلك قبل نقضه العقد بل كان بعد ذلك فلا مجال
للا انقلاب الى الجواز لان المنقوض لا يعود الا بالتجديد لا بحالة والصواب أن يقال اذا لم يكن ذلك بعد نقض
القاضي العقد ولعل لفظة قبل في قوله قبل نقض القاضي وقعت سهوا من النامخ الاول بدل لفظة بعد
ويدل عليه قوله فيما بعد وان زرعها بعد نقض القاضي لا يعود جائزا (قوله وجه الاستحسان ان
الجهالة ارتفعت قبل تمام العقد فيقلب جائزا) قال صاحب العناية في حل قوله قبل تمام العقد
بنقض الحاكم وتبعه الشارح العيني (أقول) لا يخفى على الفطن أن جعل العقد تاما بنقض الحاكم
بالتقبله الفطرة السليمة فان العقد ينفسخ من الاصل بنقض الحاكم بانه فكيف يتصور أن يتم به ونظام
الشيء من آثار بقائه واقتضائه والحق ان المراد بقوله قبل تمام العقد قبل تمام مدة العقد على ما هو
الشائع من حذف المضاف يدل عليه قوله في وضع المسئلة فان زرعها ومضى الاجل و يرشد اليه قول
صاحب الكافي في التعليل ولنا أن العقود عليه صار معلوما قبل مضي الاجل فبرفع الفساد اه هذا
وقال في النهاية ومعراج الدرابة فان قبل وان ارتفعت الجهالة بمجرد الزراعة لكن لم يرتفع ما هو الموجب
للفساد وهو احتمال أن يزرع ما يضر بالارض بل وازان يكون ما زرعها مضر بالارض فتقع بينهما
المنازعة بسبب ذلك لان الموجب للفساد في ابتداء العقد كان احتمال ذلك وقد تحقق ذلك فكيف
ينقلب الى الجواز بتحقق شيء احتماله مفسد للعقد ولان العقود عليه اذا كان مجهولا لا تتبع الا
بتعيينها ما صوناعن الاضرار بأحدهما ولا ينفرد أحدهما بالتعيين لما أن العقد قائم بهما فكذا تعيين
المعقود عليه ينبغي أن يقوم بهما ثم الاستعمال تعيين من أحدهما فلا يصح ذلك وهذا الاشكال هو الذي
قاله صاحب الفوائد بقوله وفي هذا التعليل اشكال مائل ثم قال قلنا الاصل اجارة العقد عند انتفاء
المانع لان عقود الانسان تصح بقدر الامكان والمانع الذي فسد العقد باعتباره توقع المنازعة بينهما في
تعيين المعقود عليه وعند استيفاء أحد النوعين من المنافع يزول هذا التوقع فيجوز هذا العقدانتمى
ما في النهاية ومعراج الدرابة (أقول) في الجواب بحث لان توقع المنازعة بينهما انما يزول عند استيفاء أحد
النوعين من المنافع اذا لم ينفرد أحدهما باستيفاء ذلك وأما اذا انفرد أحدهما فلا يزول ذلك أصلا وهذا
مما لا ستره بالكلام الفصيح أنه ان اعتبر في وضع هذه المسئلة علم رب الارض باستعمال المستأجر
في الارض ورضاه بما عمل فيها فلا يبقه الاشكال المذكور وأساوان لم يعتبر فيه ذلك بل انقلب العقد جائزا
بمجرد استعمال المستأجر فيها ومضى الاجل سواء علم رب الارض بذلك ورضى به أولا فلا إشكال المذكور
وارد جدا غير منقطع بالجواب المزبور قطعاً والله سبحانه وتعالى أعلم

باب ضمان الاجير

لما فرغ من ذكر أنواع الاجارة صححها وفسدها شرع في بيان الضمان لانه من جملة العوارض التي
ترتب على عقد الاجارة فتحتاج الى بيانه كذا في غاية البيان ويقرب منه ما ذكر في معراج الدرابة

(فان بلغ بغداد فله الاجر المسمى استحسانا كما مر
في المسئلة الاولى) وهي
قوله وجه الاستحسان
أن الجهالة ارتفعت
قبل تمام العقد فلهما
حل عليه ما يحمله
الناس من الحل فقد
تعيين الحل وارتفعت
الجهالة المفضية الى التراجع
فانقلب الى الجواز ووجب
المسمى (وان اختصما قبل
أن يحمل عليه وفي المسئلة
الاولى قبل أن يزرع
نقضت الاجارة دفعا
للفساد لانه قائم بعد والله
سبحانه وتعالى أعلم)

باب ضمان الاجير

لما فرغ من بيان أنواع
الاجارة شرع في بيان
أحكام بعد الاجارة وهي
الضمان

باب ضمان الاجير

(قوله شرع في بيان
أحكام بعد الاجارة وهي
الضمان) أقول اطلاق
الاحكام على الضمان اما
باعتبار كثرة أفعاله أو
المراد وهي الضمان وجودا
وعدمه

وقال (الاجراء على ضربين الخ) الاجراء جمع اجير وهو على نوعين اجير مشترك واجير خاص والسؤال عن وجه تقديم المشترك على الخاص دورى قيل وتعرف الاجير المشترك بقوله من لا يستحق الاجرة حتى يعمل أيضا تعرف دورى لانه لا يعلم من لا يستحقها قبل العمل حتى يعلم الاجير المشترك فيكون معرفة المعارف موقوفة على معرفة المعارف وهو الدور اجيب بأنه قد علم مما سبق في باب الاجر متى يستحق أن بعض الاجراء يستحق الاجرة بالمال فلم تتوقف معرفته على معرفة المعارف وقيل قوله من لا يستحق الاجرة حتى يعمل مفرد والتعرف بالمفرد (٣٠٠) لا يصح عند عامة المحققين واذا انضم الى ذلك قوله كالصباغ والقصار جاز أن يكون

تعريفا بالمثال وهو صحيح

قال (الاجراء على ضربين اجير مشترك واجير خاص فالمشترك من لا يستحق الاجرة حتى يعمل كالصباغ والقصار)

فقال لماذا ذكر أنواع الاجارة الصحية والفسادة شرع في ضمان الاجير اه وكل من هذين التفريرين جيد وأما صاحب النهاية فقال لماذا ذكر أبواب عقود الاجارة صحيها وفسادها ساقط الثبوت الى ذكر أحكام بعد عقد الاجارة وهي الضمان فذكرها في هذا الباب اه ويقرب منه ما ذكره صاحب العناية حيث قال لما فرغ من بيان أنواع الاجارة شرع في بيان أحكام بعد الاجارة وهي الضمان اه ولا يخفى على ذي فطنة ما في تقريره من الركاكة حيث فسرا الجمع بالمفرد بقوله وما هو الضمان انتهى فان ضمير هي راجع الى الاحكام ولاريب ان الضمان حكم واحد لا احكام ولما ذاق بعض الفضلاء هذه الشاعة توجه الى توجيه ذلك فقال اطلاق الاحكام على الضمان اما باعتبار كثرة افراده أو المراد وهي الضمان وجودا وعدما اه (أقول) توجيهه الثاني ليس بوجبه لان الضمان وجودا وعدما أيضا لا يصلح تفسير الاحكام فان أقل الجمع ثلاثة على القول الصحيح والضمان باعتبار وجوده وعدمه انما يصير اثنين لا غير ثم ان صاحب معراج الدراية قال والاجير فعيل بمعنى مفاعل من باب آجر واسم الفاعل منه مؤجر لا مؤاجر اه (أقول) فيه اشكال لان قوله واسم الفاعل منه مؤجر لا مؤاجر يرى مناقضا لقوله والاجير فعيل بمعنى مفاعل من باب آجر اذ على تقدير أن يكون اسم الفاعل منه مؤجرا لا مؤاجرا يلزم أن يكون الاجير فعيل لا بمعنى مفعول لا بمعنى مفاعل فتأمل ورد عليه الشارح العيني بوجه آخر حيث قال قلت هذا غلط لان فعيل لا بمعنى فاعل لا يكون الامن الثلاثي وكيف يقول بمعنى مفاعل من باب آجر يعني به من المريد بليل قوله واسم الفاعل منه مؤجر اه كلامه (أقول) بل الغلط انما هو في كلام نفسه فان الفاعل بمعنى الفاعل كما يكون من الثلاثي يكون من المريد أيضا وعن هذا قال المحقق الرضى في شرح الكافية وقد جاء فعيل مبالغة مفعول كقوله تعالى عذاب أليم أي مؤلم على رأى وقال وأما الفاعل بمعنى المفاعل كالجليس والحسيب فليس للبالغة فلا يعمل اتفاقا اه وقال الامام المطرزي في المغرب وأما الاجير فهو مثل الجليس والنديم في انه فعيل بمعنى مفاعل اه وهذا كما صريح في خلاف ما زعم فكان لم يذوق شيئا من العربية (قوله فالمشترك من لا يستحق الاجرة حتى يعمل كالصباغ والقصار) قال صاحب العناية والسؤال عن وجه تقديم المشترك على الخاص دورى اه يعني ان السؤال عن وجه التقديم يتوجه على تقدير العكس أيضا أى على تقدير تقديم الخاص على المشترك فلا مرجح سوى الاختيار وقال بعض الفضلاء يعني لو قدم الخاص لتوجه السؤال عن سبب تقديمه على المشترك أيضا لان لتقديم كل منهما على الآخر وجها أما المشترك فبالنسبة الى الخاص مع كثرة مباحثه وأما الخاص فلا لانه بمنزلة

قال المصنف (الاجراء على ضربين الخ) أقول من قيل تقسيم الكل الى أجزائه (قوله وهو على نوعين) أقول وانما قال وهو أى الاجير على نوعين لان الاجراء لو كانت على نوعين كان كل من المشترك والخاص كذلك ولزم تقسيم الشيء الى نفسه والى غيره لكن الادم اذا دخلت الجمع ولا معهود انصرف الى الجنس هكذا قيل قوله كان كل من المشترك والخاص كذلك الخ ممنوع فان المقسم هو جميع الاجراء بحيث لا يخرج منه شيء لا ما يطلق عليه لفظ الاجراء مطلقا (قوله والسؤال عن وجه تقديم المشترك على الخاص دورى) أقول بمعنى لو قدم الخاص لتوجه السؤال عن سبب تقديمه على المشترك أيضا لان لتقديم كل منهما على الآخر وجها أما المشترك فبالنسبة الى الخاص مع كثرة مباحثه وأما الخاص فلا لانه بمنزلة

المفرد من المركب لكن تقديم المشترك ههنا لان الباب باب ضمان الاجير وذلك في المشترك فتأمل فان بما ذكره الشارح لم يظهر وجه اختيار تقديم المشترك كما لا يخفى وكان لا بد منه (قوله واجيب بأنه قد علم مما سبق الخ) أقول وأنت خبير بأن قول المصنف لان المعقود عليه انما هو العمل متكفل لدفع هذا السؤال فانه يعلم به تعريف من لا يستحقها حتى يعمل عن استوجار على العمل وأثره فلا يلزم الدور ولا حاجة الى الحوالة قال المصنف (فالمشترك من لا يستحق الاجرة) أقول ظاهره منقوض بالاجير المشترك اذا عمل له الاجر أو شرط التعجيل فيحتاج الى نوع عناية كأن يقال لا يستحق الاجر بالنظر الى كونه اجيرا مع قطع النظر عن الامور الخارجة

لكن قوله لان المعقود عليه بنا في ذلك لان التعليل على التعريف غير صحيح وفي كونه مفردا لا يصح التعريف به نظر والحق ان يقال انه من التعريفات اللفظية وقوله (لان المعقود عليه اذا كان هو العمل أو أثره كان له أن يعمل للعامة لان منافعه لم تصرم مستحقة لواحد) بيان لمناسبة التسمية وكأنه قال من لا يستحق الاجرة حتى يعمل يسمى بالاجير المشترك لان المعقود عليه الخ ويؤيده قوله (فن هذا الوجه يسمى مشتركا والمتاع امانة في يده ان هلك لم يضمن شيئا عند أبي حنيفة وهو قول زفر ويضمنه عندهما الا من شئ غالب كالخريق الغالب والعدو والمكابر لهم ما روى عن عمر وعلى رضي الله عنهما انهما كانا يضمنان الاجير المشترك ولان الحفظ مستحق عليه اذ لا يمكن العمل الا به) ولا حفظ فاذا هلك المتاع بسبب كان الاحتراز عنه ممكنا كالغصب والسرقه وترك المستحق عليه تقصير من جهته فيوجب الضمان كالوديعة اذا كانت بأجر (فانهم ما يقولون انما تصور المسئلة في حافظة الامتعة بأجر فذلك الامتعة فانه يضمن وان كان العين عنده امانة بخلاف ما اذا لم يمكن الاحتراز عنه كالموت حتف أنفه والخريق الغالب وغير ذلك لانه لا تقصير من جهته ولا يبي حنيفة ان العين في يده امانة لان القبض حصل باذنه ولهذا لو هلك في يده بسبب لا يمكن التحرز عنه لم يضمنه ولو كان مضمونا لضمنه كما في المقتضوب) فان قيل الاعتبار ليس بصحيح لان ما نحن فيه الحفظ فيه مستحق وقد هلك بما أمكنه التحرز فوجب الضمان والغصب ليس كذلك اجاب بقوله (والحفظ مستحق عليه تبعا لامقصودا) وذلك لان العقد وادعى العمل لكونه أجيرا مشتركا والحفظ ليس بمقصود أصلي بل لاقامة العمل فكان تبعا (ولهذا لا يقابل الاجر) واذا كان تبعا ثبت ضرورة اقامة العمل لم يتعد الى ايجاب الضمان (٣٠٩) بخلاف المودع بأجر لان الحفظ مستحق

عليه مقصودا حتى يقابله الاجر) قال (وما تلف بعمله كخريق الثوب من دقته الخ) وما تلف بعمل الاجير المشترك كخريق الثوب من دقته وزلق الحال وانقطاع الحبل الذي يشد به المكاري الحبل وغرق السفينة بفتح الراعي من مدها صاحبها مضمون عليه وقال زفر والشافعي لاضمان عليه لانه امره بالفعل مطلقا اذا استأجره ليدق الثوب ولم يزد على ذلك ما يدل على السلامة والمطلق

لان المعقود عليه اذا كان هو العمل أو أثره كان له أن يعمل للعامة لان منافعه لم تصرم مستحقة لواحد فن هذا الوجه يسمى مشتركا قال (والمتاع امانة في يده ان هلك لم يضمن شيئا عند أبي حنيفة رحمه الله وهو قول زفر ويضمنه عندهما الا من شئ غالب كالخريق الغالب والعدو والمكابر) لهم ما روى عن عمر وعلى رضي الله عنهما انهما كانا يضمنان الاجير المشترك ولان الحفظ مستحق عليه اذ لا يمكنه العمل الا به فاذا هلك بسبب يمكن الاحتراز عنه كالغصب والسرقه كان التقصير من جهته فيضمنه كالوديعة اذا كانت بأجر بخلاف ما لا يمكن الاحتراز عنه كالموت حتف أنفه والخريق الغالب وغيره لانه لا تقصير من جهته ولا يبي حنيفة رحمه الله ان العين امانة في يده لان القبض حصل باذنه ولهذا لو هلك بسبب لا يمكن التحرز عنه لم يضمنه ولو كان مضمونا لضمنه كما في المقتضوب والحفظ مستحق عليه تبعا لامقصودا ولهذا لا يقابل الاجر بخلاف المودع بأجر لان الحفظ مستحق عليه مقصودا حتى يقابل الاجر قال (وما تلف بعمله كخريق الثوب من دقته وزلق الحال وانقطاع الحبل الذي يشد به المكاري الحبل وغرق السفينة من مده مضمون عليه) وقال زفر والشافعي رحمه الله لاضمان عليه لانه امره بالفعل مطلقا فينتظمه بنوعيه المعيب والسليم وصار كاجير الواحد ومعين القصار

ههنا لان الباب باب ضمان الاجير وذلك في المشترك فتأمل فان بما ذكره الشارح العيني لم يظهر وجه

(٣٦ - تكمله سابع) ينظم الفعل بنوعيه السليم والمعيب عملا بالاطلاق فصار كالاجير الواحد ومعين القصار

قال المصنف (لان المعقود عليه انما هو العمل) أقول عندى فيه اشارة الى دفع السؤال بان التعريف بدورى فان عدم استحقاق الاجر حتى يعمل يكون المعقود عليه العمل فتأمل (قوله لان التعليل على التعريف غير صحيح) أقول يصح ذلك باعتبار الحكم الضمني (قوله وقوله لان المعقود عليه اذا كان العمل الى قوله بيان لمناسبة التسمية) أقول وعندى أنه تعليل للحكم الضمني المستفاد من التعريف وهو أن بعض الاجراء لا يستحق الاجرة قبل العمل لان قضية عقد المعاوضة هي المساواة كما تقدم بيانه ولو استحق من استؤجر على العمل قبله تبطل المساواة هذا هو مراد المصنف الآن المصنف فرغ على ذلك التعليل قوله فكان له أن يعمل للعامة لبيان مناسبة التسمية فلي تأمل ثم قوله بيان لمناسبة التسمية خبر لقوله لان المعقود عليه الخ (قوله ويؤيده قوله فن هذا الوجه يسمى مشتركا) أقول لا يبيد ان يقال ذلك يؤيد خلافه لاستلزامه التكرار قال المصنف (لهم ما روى عن عمر وعلى رضي الله عنهما) أقول قال الزبلي وبقولهم ما بقى اليوم لتغير أحوال الناس وبه يحصل صيانة أموالهم انتهى وفي النهاية روى عن عمر وعلى رضي الله تعالى عنهما انهما كانا يضمنان الاجير المشترك ما ضاع على يده وعن على رضي الله عنه أنه كان لا يضمن القصار والصائغ ونحوهما ولاجل اختلاف الصحابة اختار المتأخرون الفتوى بالصلح على النصف عملا بقول الصحابة رضي الله تعالى عنهم بقدر الامكان انتهى كلام صاحب النهاية قال ابن البرزقي معنى عمل في كل نصف بقول حيث حط النصف وأوجب النصف انتهى فكانه أراد بالصلح مجازة وهو الخط وفي فتاوى قاضيان الفتوى على قول أبي حنيفة رحمه الله

اختيار تقديم المشترك كالاختي وكان لابد منه الى هنا كلامه (أقول) ما ذكره بقوله لكن تقديم المشترك هنا الخ ليس تمام أما أولا فلا ن معنى باب ضمان الاجير باب ضمان الاجير اثباتا ونفيا كما أشار اليه نفسه أيضا فيما قبل بقوله أو المراد وهي الضمان وجودا وعدمها أو الأي وان لم يكن معناه ذلك بل كان معناه باب اثبات الضمان لزم أن لا يصح عنوان الباب على قول أبي حنيفة أصلا اذ لضمان عنده على أحد من الاجير المشترك والاجير الخاص وأن لا يصح ذلك عندهما أيضا الا في بعض صور من مسائل الاجير المشترك وحده كما ستحيط به خبرا وهذا مما لا ينبغي أن يرتكب فإذا كان معنى عنوان الباب ما يثبت الضمان ونفيه كان نسبته الى المشترك والخاص على السواء فلم يتم قوله وذلك في المشترك وأما ثانيا فلا ن الطرفين اذا كانا متساويين لم يحتاج هناك الى وجه يرجح اختيار أحد الطرفين بل لم يتصور هناك ذلك وانما يكون مرجح أحد الطرفين هناك نفس الاختيار لا غير كما أثرنا اليه في تقرير مراد صاحب العناية وقد تقرر في العلوم العقلية أن ترجيح أحد المتساويين بالاختيار جائز وانما الحال ترجح أحدهما من غير مرجح فظهر ان قوله فان بما ذكره الشارح لم يظهر وجه اختيار تقديم المشترك مما لا يضر بتمام ما ذكره وقوله وكان لابد منه مما لا محالة نعم يمكن منع تساوي الطرفين فيما نحن فيه لكنه أمر آخر غير لما قاله فتدبر وقال صاحب النهاية فان قلت هذا يعني تعريف الاجير المشترك بقوله من لا يستحق الاجرة حتى يعمل تعريف بول عاقبته الى الدور لان هذا حكم لا يعرفه الا من يعرف الاجير المشترك ثم لو كان عارفا بالاجير المشترك لاحتاج الى هذا التعريف ولو لم يكن عارفا به قبل هذا لا يحصل له تعريف الاجير المشترك لانه يحتاج الى السؤال عن لا يستحق الاجرة حتى يعمل عن هو فلا بد للعرف أن يقول هو الاجير المشترك وهو عين الدور قلت نعم كذلك الآن هذا تعريف للختي عما هو أشهر منه في فهم المتعلمين أو هو تعريف لما لم يذكره بما قد سبق ذكره لانه ذكر قبل هذا استحقاق الاجير بالعمل بقوله أو باستيفاء المعقود عليه في باب الاجر متى يستحق فصار كأنه قال وما عرفته ان الاجير الذي يستحق الاجر باستيفاء المعقود عليه فهو الاجير المشترك الى هنا كلامه (أقول) في الجواب خلل أما أولا فلا ن قوله في أول الجواب نعم كذلك اعتراف بلزوم الدور وما يستلزم الدور يتعين فساد ولا يمكن اصلاحه فاما معنى قوله بعد ذلك الآن هذا تعريف للختي الخ وأما ثانيا فلا ن كون الاجير المشترك خفيا وما ذكر في التعريف أشهر منه ممنوع كيف ولو كان كذلك لما صح الجواب اذا سئل عن لا يستحق الاجرة حتى يعمل عن هو بأنه هو الاجير المشترك وأما ثالثا فلا ن المذكور في باب الاجر متى يستحق بقوله أو باستيفاء المعقود عليه غير مختص بالاجير المشترك بل هو حكم مشترك بين الاجير المشترك والاجير الخاص فانهم حصروا هناك سبب استحقاق الاجير مطلقا للاجرة في معان ثلاثة هي شرط التجهيل والتجهيل من غير شرط واستيفاء المعقود عليه ولو كان هذا المعنى الثالث مختصا بالاجير المشترك لزم أن لا يستحق الاجير الخاص الاجرة أصلا فاما اذا لم يشترط التجهيل ولم يعمل وهو ظاهر البطالان واذا كان المذكور فيما سبق بقوله أو باستيفاء المعقود عليه حكما عاما للاجير الخاص أيضا فكيف يصح أن يقال في توجيه معنى تعريف الاجير المشترك ههنا عما ذكره فصار كأنه قال وما عرفته ان الاجير الذي يستحق الاجر باستيفاء المعقود عليه فهو الاجير المشترك ثم ان صاحب العناية ذكر خلاصة السؤال والجواب المذكورين في النهاية بعبارة أخرى حيث قال قيل وتعريف الاجير المشترك بقوله من لا يستحق الاجرة حتى يعمل أيضا تعريف دورى لانه لا يعلم من لا يستحق قبل العمل حتى يعلم الاجير المشترك فتكون معرفة المعرف موقوفة على معرفة المعرف وهو الدور وأجيب بأنه قد علم مما سبق في باب الاجر متى يستحق ان بعض الاجراء يستحق الاجرة بالعمل فلم تتوقف معرفته على معرفة المعرف اه (أقول) أصل الجواب في الجملة كما ترى

ولكن فيه أيضا خال لأنه ان أراد بما علم مما سبق في ذلك الباب ما ذكره هناك بقوله أو باستيفاء المعقود عليه كما صرح به في النهاية يرد عليه ما ذكرناه فيما مر أننا من أن ذلك حكم عام للاجبر الخاص أيضا فكيف يتم تعريف الاجبر المشترك بذلك وان أراد به ما ذكره هناك بقوله وليس للقصار والخياط أن يطالب بالاجرة حتى يفرغ من العمل كما يشعر به قوله في تقريره هذا الجواب قد علم مما سبق ان بعض الاجراء يستحق الاجرة بالعمل حيث زاد فيه البعض يتجه عليه أن المعلوم من ذلك حكم مادة مخصوصة فكيف يحصل بذلك معرفة مطلق من لا يستحق الاجرة حتى يعمل حتى يصلح تعريف المطلق الاجر المشترك فتأمل وقال بعض الفضلاء وأنت خير بأن قول المصنف لان المعقود عليه انما هو العمل أو أثره متكفل لدفع هذا السؤال فانه يعلم به تعريف من لا يستحقها حتى يعمل عن استوجره على العمل أو أثره فلا يلزم الدور ولا حاجة الى الحوالة انتهى كلامه (أقول) ليس هذا بشي لان تعريف الاجبر المشترك بمن لا يستحق الاجرة حتى يعمل مما اختاره القسودوري وذكره في مختصره ولم يذكر معه شي آخر يحصل به معرفة من لا يستحقها حتى يعمل والمصنف أيضا ذكره وحده في البداية وانما زاد عليه التعليل المذكور في الهداية والسؤال المزبور انما يتجه على من اكتفى بالتعريف المذكور من غير أن يذكر معه ما يفيد معرفته وزيادة المصنف شيئا يفيد معرفته كيف تصلح كلام من لم يرد ومات قبل ولادة المصنف بسنين كثيرة واذ لم يذكر معه شي يحصل به معرفته فاما ان تحتاج معرفته الى معرفة الاجبر المشترك الذي هو المعروف فيسألزم الدور أولا تحتاج اليها بل حصلت علمها ومعلوم ومعهود فيما سبق فلا بد في الجواب من الحوالة عليه فلم يتم قوله فلا يلزم الدور ولا حاجة الى الحوالة نعم عام الحوالة غير مسلم عندنا كما قررنا فيما قبل ولكنه كلام آخر ثم قال ذلك البعض من الفضلاء ظاهر قوله فاشترك من لا يستحق الاجرة حتى يعمل منقوض بالاجبر المشترك اذا عمل له الاجر أو شرط التجهيل فيحتاج الى نوع عناية كأن يقال لا يستحق الاجر بالنظر الى كونه أجرا مع قطع النظر عن الامور الخارجية انتهى (أقول) انما يتوهم الانتقاض بذلك وبحاجة الى نوع عناية في دفعه لو كان معنى قوله المذكور المشترك من لا يستحق الاجرة قبل أن يعمل وأما اذا كان معناه المشترك من لا يستحقها بدون العمل أصلا كما يستحقها الاجبر الخاص بتسليم نفسه في المدة وان لم يعمل أصلا على ما سيجي فلا انتقاض بذلك أصلا لأن الاجبر المشترك اذا لم يقع منه العمل أصلا لا يستحق الاجرة حتى لو كان أخذها بطريق التجهيل يلزمه ردها على المستأجر وكان الامام الزليحي تدارك هذا المعنى حيث قال في شرح قول صاحب الكنز ولا يستحق الاجر حتى يعمل يعني الاجبر المشترك لا يستحق الاجرة الا اذا عمل انتمى فتبصر ثم ان صاحب العناية قال وقيل قوله من لا يستحق الاجرة حتى يعمل مفرد والتعريف بالمفرد لا يصح عند عامة المحققين واذا انضم الى ذلك قوله كالصباغ والغصا جاز أن يكون تعريفه بالمثال وهو صحيح ولكن قوله لان المعقود عليه يناه في ذلك لان التعليل على التعريف غير صحيح وقال وفي كونه مفرد لا يصح التعريف به نظروا الحق أن يقال انه من التعريفات اللفظية وقوله لان المعقود عليه اذا كان هو العمل أو أثره كان له أن يعمل للعامة لان منافعه لم تقصر مصحقة لواحد بيان لمناسبة التسمية وكأنه قال من لا يستحق الاجرة حتى يعمل يسمى بالاجبر المشترك لان المعقود عليه الخ ويؤيده قوله في هذا الوجه يسمى مشتركا الى هنا كلامه وقال بعض الفضلاء وعندى انه يعني قوله لان المعقود عليه الخ تعليل للحكم الضمني المستفاد من التعريف وهو أن بعض الاجراء لا يستحق الاجرة قبل العمل لان قضية عقد المعاوضة هي المساواة كما تقدم بيانه ولو استحق من استوجر على العمل قبله تبطل المساواة وهذا هو مراد المصنف الا أن المصنف فرغ على ذلك التعليل قوله فكان له أن يعمل للعامة لبيان مناسبة التسمية فلي تأمل الى هنا كلامه (أقول) مدار استخراج ذلك البعض ورأيه في هذا المقام على أن تكون عبارة المصنف

ولنا ان الداخل تحت الاذن ما هو الداخل تحت العقد وهو العمل المصلح لانه هو الوسيلة الى الاثر وهو المعقود عليه حقيقة حتى لو حصل بفعل الغير يجب الاجر فلم يكن المفسد ما ذو نافية بخلاف المعين لانه متبرع فلا يمكن تقييده بالمصلح لانه يمتنع عن التبرع وفيما نحن فيه يعمل بالاجر فأمكن تقييده

ههنا لان المعقود عليه انما هو العمل أو أثره فكان له أن يعمل للعامة وليست كذلك بل عبارته ههنا لان المعقود عليه اذا كان هو العمل أو أثره كان له أن يعمل للعامة ولا شك أن قوله كان له أن يعمل للعامة ليس بكلام مستقل بل هو جزاء الشرط المذكور فيما قبله ومجموع الشرط والجزاء داخل في التعليل غير تحمل لغير بيان مناسبة التسمية فالخلق ما قاله صاحب العناية على أنه لو كانت عبارة المصنف ما زعمه ذلك القائل وكان قوله لان المعقود عليه انما هو العمل أو أثره تعليل لما ذهب اليه ذلك القائل على ما قررره ذلك القائل لما صح تقرير بيع المصنف قوله فكان له أن يعمل للعامة على ذلك التعليل لان مدار ذلك التعليل على ما قررره ذلك القائل أن تكون قضية عند المعاوضة هي المساواة كما تقدم بيانه ولا ريب أن هذه القضية كما تتحقق فيما اذا كان الاجير مستتر كما تتحقق فيما اذا كان الاجير خاصا يضاف له صح تقرير بيع قوله فكان له أن يعمل للعامة على ذلك التعليل لزم جواز أن يعمل الاجير الخاص أيضا للعامة وليس كذلك قطعاً (قوله ولنا أن الداخل تحت الاذن ما هو الداخل تحت العقد وهو العمل المصلح لانه هو الوسيلة الى الاثر وهو المعقود عليه حقيقة حتى لو حصل بفعل الغير يجب الاجر فلم يكن المفسد ما ذو نافية) أقول في تعليل كون الداخل تحت العقد هو العمل المصلح بما ذكره المصنف قصور لان كون العمل وسيلة الى الاثر انما يتصور في صورة تخيير في الثوب من دفعه من صور مستثناه هذه دون الصور الثلاث الباقية منها اذ قد مر في أواخر باب الاجر متى يستحق أن كل صانع لعمله أثر في العين كالتصاير والصباغ فله أن يجبس العين حتى يستوفي الاجر لان المعقود عليه وصف قائم في الثوب فله حق الحبس لاستيفاء البذل كما في البيع وكل صانع ليس لعمله أثر في العين ليس له أن يجبس العين للاجر كالحال والملاح لان المعقود عليه نفس العمل وهو عين قائم في العين فلا يتصور حبسه انتهى فقصد تلخيص منه أن العمل على نوعين نوع له أثر في العين كعمل الصباغ والقصار ونوع ليس له أثر في العين كعمل الحال والملاح وان المعقود عليه في النوع الاول هو الاثر وهو الوصف القائم في الثوب والمعقود عليه في النوع الثاني نفس العمل لا غير ولا شك أن هاتيك الصور الثلاث فيما نحن فيه من مسائل الحال والملاح واذا لم يكن لعل الصانع فيما أثر في العين فكيف يتصور أن يكون له وسيلة الى الاثر وكيف يصح أن يقال فيها الاثر هو المعقود عليه حقيقة وقد صرح فيما مر بأن المعقود عليه هناك نفس العمل وكذا قوله حتى لو حصل بفعل الغير يجب الاجر ليس بمستقيم على اطلاقه اذ قد مر أيضاً في الباب المزبور أنه اذا شرط على الصانع أن يعمل بنفسه فليس له أن يستعمل غيره لان المعقود عليه العمل من محل بعينه فيستحق عنه كالمصلحة في محل بعينه انتهى نعم اذا أطلق العمل فله أن يستأجر من يعمل له كما مر هناك أيضاً فكان التعليل خاصاً والمسمى عام والاولى في التعليل ههنا ما ذكره صاحب السكا في حيث قال لان الداخل تحت الاذن ما هو الداخل تحت العقد وهو العمل المصلح لان الاذن انما ثبت ضمن العقد والعقد انعقد على التسليم لان مطلق عقداً المعاوضة يقتضي سلامة المعقود عليه عن العيوب كما مر في البيوع فاذا ثبت ان المعقود عليه العمل السليم ثبت أن المفسد غير معقود عليه فلا يكون ما ذو نافية كالم وصف نوعاً من الدق فجاء بنوع آخر اه (قوله بخلاف المعين لانه متبرع فلا يمكن تقييده بالمصلح لانه يمتنع عن التبرع وفيما نحن فيه يعمل بالاجر فأمكن تقييده) قال صاحب العناية ولم يمتنع أن يلتزم جواز الامتناع عن التبرع فيما يحصل به المضره لغير من تبرع له اه وقصد بعض الفضلاء دفع ذلك فقال الحكم يدار على دليله

(قوله لانه هو الوسيلة الى الاثر الحاصل في العين من فعله الذي هو المعقود عليه) أقول قوله الذي صفة لا أثر (قوله لانه يمتنع عن التبرع وفيما نحن فيه يعمل بالاجر فأمكن تقييده) وللمتزم أن يلتزم جواز الامتناع عن التبرع فيما يحصل به المضره لغير من تبرع له

ولنا أن الداخل تحت الاذن ما هو الداخل تحت العقد وهو العمل المصلح لانه هو الوسيلة الى الاثر وهو المعقود عليه حقيقة حتى لو حصل بفعل الغير يجب الاجر فلم يكن المفسد ما ذو نافية بخلاف المعين لانه متبرع فلا يمكن تقييده بالمصلح لانه يمتنع عن التبرع وفيما نحن فيه يعمل بالاجر فأمكن تقييده

ههنا لان المعقود عليه انما هو العمل أو أثره فكان له أن يعمل للعامة وليست كذلك بل عبارته ههنا لان المعقود عليه اذا كان هو العمل أو أثره كان له أن يعمل للعامة ولا شك أن قوله كان له أن يعمل للعامة ليس بكلام مستقل بل هو جزاء الشرط المذكور فيما قبله ومجموع الشرط والجزاء داخل في التعليل غير تحمل لغير بيان مناسبة التسمية فالخلق ما قاله صاحب العناية على أنه لو كانت عبارة المصنف ما زعمه ذلك القائل وكان قوله لان المعقود عليه انما هو العمل أو أثره تعليل لما ذهب اليه ذلك القائل على ما قررره ذلك القائل لما صح تقرير بيع المصنف قوله فكان له أن يعمل للعامة على ذلك التعليل لان مدار ذلك التعليل على ما قررره ذلك القائل أن تكون قضية عند المعاوضة هي المساواة كما تقدم بيانه ولا ريب أن هذه القضية كما تتحقق فيما اذا كان الاجير مستتر كما تتحقق فيما اذا كان الاجير خاصاً يضاف له صح تقرير بيع قوله فكان له أن يعمل للعامة على ذلك التعليل لزم جواز أن يعمل الاجير الخاص أيضاً للعامة وليس كذلك قطعاً (قوله ولنا أن الداخل تحت الاذن ما هو الداخل تحت العقد وهو العمل المصلح لانه هو الوسيلة الى الاثر وهو المعقود عليه حقيقة حتى لو حصل بفعل الغير يجب الاجر فلم يكن المفسد ما ذو نافية) أقول في تعليل كون الداخل تحت العقد هو العمل المصلح بما ذكره المصنف قصور لان كون العمل وسيلة الى الاثر انما يتصور في صورة تخيير في الثوب من دفعه من صور مستثناه هذه دون الصور الثلاث الباقية منها اذ قد مر في أواخر باب الاجر متى يستحق أن كل صانع لعمله أثر في العين كالتصاير والصباغ فله أن يجبس العين حتى يستوفي الاجر لان المعقود عليه وصف قائم في الثوب فله حق الحبس لاستيفاء البذل كما في البيع وكل صانع ليس لعمله أثر في العين ليس له أن يجبس العين للاجر كالحال والملاح لان المعقود عليه نفس العمل وهو عين قائم في العين فلا يتصور حبسه انتهى فقصد تلخيص منه أن العمل على نوعين نوع له أثر في العين كعمل الصباغ والقصار ونوع ليس له أثر في العين كعمل الحال والملاح وان المعقود عليه في النوع الاول هو الاثر وهو الوصف القائم في الثوب والمعقود عليه في النوع الثاني نفس العمل لا غير ولا شك أن هاتيك الصور الثلاث فيما نحن فيه من مسائل الحال والملاح واذا لم يكن لعل الصانع فيما أثر في العين فكيف يتصور أن يكون له وسيلة الى الاثر وكيف يصح أن يقال فيها الاثر هو المعقود عليه حقيقة وقد صرح فيما مر بأن المعقود عليه هناك نفس العمل وكذا قوله حتى لو حصل بفعل الغير يجب الاجر ليس بمستقيم على اطلاقه اذ قد مر أيضاً في الباب المزبور أنه اذا شرط على الصانع أن يعمل بنفسه فليس له أن يستعمل غيره لان المعقود عليه العمل من محل بعينه فيستحق عنه كالمصلحة في محل بعينه انتهى نعم اذا أطلق العمل فله أن يستأجر من يعمل له كما مر هناك أيضاً فكان التعليل خاصاً والمسمى عام والاولى في التعليل ههنا ما ذكره صاحب السكا في حيث قال لان الداخل تحت الاذن ما هو الداخل تحت العقد وهو العمل المصلح لان الاذن انما ثبت ضمن العقد والعقد انعقد على التسليم لان مطلق عقداً المعاوضة يقتضي سلامة المعقود عليه عن العيوب كما مر في البيوع فاذا ثبت ان المعقود عليه العمل السليم ثبت أن المفسد غير معقود عليه فلا يكون ما ذو نافية كالم وصف نوعاً من الدق فجاء بنوع آخر اه (قوله بخلاف المعين لانه متبرع فلا يمكن تقييده بالمصلح لانه يمتنع عن التبرع وفيما نحن فيه يعمل بالاجر فأمكن تقييده) قال صاحب العناية ولم يمتنع أن يلتزم جواز الامتناع عن التبرع فيما يحصل به المضره لغير من تبرع له اه وقصد بعض الفضلاء دفع ذلك فقال الحكم يدار على دليله

ولو علل بأن التبرع بالعمل بمنزلة الهبة وهي لا تقتضي السلامة كان أسلم وبخلاف الاجير الواحد على ما نذكر وقوله (وانقطاع الحبل)
جواب عما عسى أن يقال انقطاع الحبل ليس من صنيع الاجير فواجهه ذكره (٣٠٥) من جملة ما تلف بعمله فانه (من قلة اهتمامه

فكان من صنيعه الا أنه لا يضمن به) أي بفعله (بني آدم عن غرق في السفينة أو سقط من الدابة وان كان بسوقه وقوده لان الواجب ضمان الآدمي لا يجب بالعقد وانما يجب بالجناية ولهذا يجب على العاقلة والعاقلة لا تتحمل ضمان العقود ومن استأجر من يحمل له دنا من الفرات فوقع في بعض الطريق فأنكسر فان شاء ضمنه قيمته في المكان الذي حله ولا أجر له وان شاء ضمنه قيمته في الموضع الذي أنكسر وأعطاه الاجر بحسبه) (وانما وضع المسئلة في الفرات لان الدنان كانت تباع هناك (أما الضمان فلما قلنا) انه أجبر مشترك وقد تلف المتاع بصنعه كما في تخريق الثوب بالدق (فان السقوط بالعنار في الطريق أو بانقطاع الحبل وقد تقدم ان كل ذلك من صنيعه) ولم يدخل تحت العقد (وأما الخيار) مع أن القياس يقتضي أن لا يخير عند أبي حنيفة بل يضمنه قيمته في المكان الذي

وبخلاف أجبر الواحد على ما نذكر ان شاء الله تعالى وانقطاع الحبل من قلة اهتمامه فكان من صنيعه قال (الا أنه لا يضمن به بني آدم عن غرق في السفينة أو سقط من الدابة وان كان بسوقه وقوده) لان الواجب ضمان الآدمي وأنه لا يجب بالعقد وانما يجب بالجناية ولهذا يجب على العاقلة وضمان العقود لا تتحمله العاقلة قال (واذا استأجر من يحمل له دنا من الفرات فوقع في بعض الطريق فأنكسر فان شاء ضمنه قيمته في المكان الذي حله ولا أجر له وان شاء ضمنه قيمته في الموضع الذي أنكسر وأعطاه الاجر بحسبه) (أما الضمان فلما قلنا والسقوط بالعنار أو بانقطاع الحبل وكل ذلك من صنيعه وأما الخيار

وان كانت الحكمة أخص كما سبق نظيره في الأيمان فقوله لا يمتنع عن التبرع بيان لحكمة عدم التضمن اه (أقول) هذا لا يجهد شيئا لأن صاحب العناية لم يتفكر يوم الامتناع عن التبرع في صورة حصول المضرة بلغير من تبرع له بل أراد منع بطول ذلك الا لازم بناء على التزام جواز ذلك دفع الضرر عن غير المتبرع له فلا فائدة ههنا لحديث جواز كون الحكمة أخص على ان لصاحب العناية أن يقول لا يصلح قوله لا يمتنع عن التبرع بياناً لحكمة عدم التضمن أيضاً فانه اذا جاز التزام امتناعه عن ذلك بناء على دفع الضرر عن الغير لم تظهر حكمة عدم التضمن بل كان الظاهر حينئذ هو التضمنين كما لا يخفى ثم قال صاحب العناية ولو علل بأن التبرع بالعمل بمنزلة الهبة وهي لا تقتضي السلامة كان أسلم اه (أقول) ولقائل أن يقول هنا أيضاً كون التبرع بالعمل بمنزلة الهبة بالنظر الى من تبرع له لا يقتضي جواز ذلك اذا تضمن ضرراً لغير من تبرع له ألا يرى أنه اذا أخذ أحد ملك الآخرو تبرع به لغيره بطريق الهبة فلا شك انه يلزمه الضمان فلم يلزمه الضمان اذا عمل في ملك المستأجر بغير إذنه وتبرع بالعمل للاجبر فلف بعمله ملك المستأجر فليتنامل (قوله وانقطاع الحبل من قلة اهتمامه فكان من صنيعه) هذا جواب عما عسى أن يقال انقطاع الحبل ليس من صنيع الاجير فواجهه ذكره من جملة ما تلف بعمله فأجاب بأنه من قلة اهتمامه فكان من صنيعه كذا في العناية وغيرها (أقول) لقائل أن يقول يشكل هذا على ما مر من ان الاجير المشترك لا يضمن ما هلك في يده عند أبي حنيفة رحمه الله وان كان الهلاك بسبب يمكن الاحتراز عنه كالغصب والسرقة فانه يجوز أن يقال هناك أيضاً ان الهلاك من قلة اهتمامه حيث لم يحتراز عما يمكن الاحتراز عنه فكان من صنيعه فينبغي أن يضمن بالاتفاق ثم أقول يمكن الفرق بأن التقصير هناك في الحفظ وهو مستحق عليه تبعاً لمقصودا كما مر فلا اعتبار له وأما ههنا فالتقصير في نفس العمل الذي هو مستحق عليه مقصودا فله اعتبار وحكم (قوله لان الواجب ضمان الآدمي وانه لا يجب بالعقد وانما يجب بالجناية) قال في الكفاية لا يقال ان ضمان بني آدم يجب بالنسب وقد وجد لان المسبب انما يضمن اذا تعدى وكلا منافيا اذا لم يوجد التعدى اه (أقول) فيه بحث وهو انه كيف يكون كلا منافيا اذا لم يوجد التعدى وقد وجب على الاجير المشترك في مسئلنا هذه ضمان المتاع الهالك بعمله عندنا ثلثة ولا تعدى لما ضمن عند أبي حنيفة رحمه الله فان الاصل عنده ان المتاع أمانة في يد الاجير ان هلك لم يضمن شيئا كما مر ووجه التعدى فيما نحن فيه على

انكسر لأن المال عنده أمانة في يد الاجير المشترك واذا كان أمانة وجب أن لا يضمن قيمته في المكان الذي حله منه

أقول الحكم بدار على دليله وان كانت الحكمة أخص كما سبق نظيره في الأيمان فقوله لا يمتنع الخ بيان لحكمة عدم التضمن (قوله وهي لا تقتضي السلامة) أقول قال الله تعالى ما على المحسنين من سبيل

(فلانه اذا انكسر في الطريق والحل شي واحد تبين أنه وقع تعديا من الابتداء من هذا الوجه ومن حيث ان ابتداء الحل حصل باذنه لم يكن تعديا وانما التعدي عند الكسر فيختار أي الجهتين شيأ فان اختار الوجه الثاني فله الاجر بقدر ما استوفى من العمل وان اختار الوجه الاول فلا أجر له لانه ما استوفى أصلا واذا قصد القصاص أو بزغ البراغ ولم يتجاوز الموضع المعتاد فلا ضمان عليه فيما عبط من ذلك وفي الجامع الصغير بيطار بزغ الخ) وانما أعدد روايته لنوع بيان ليس في رواية القدوري وكل منهما يشتمل على نوع من البيان أما في القدوري فلانه ذكر عدم التجاوز عن الموضع المعتاد ويقيد أنه اذا تجاوز ضمن وأما في الجامع الصغير فلانه بين الاجرة وكون الجحامة بأمر المولى والهلاك ويشيد أنها اذا لم تكن بأمره ضمن ووجه ذلك أن الهلاك ليس بمقارن وانما هو بالسراية بعد تسليم العمل والتعريض عنها غير ممكن لانه أي السراية يبقى على قوة الطباع وضعفها في تحمل الألم وما هو كذلك مجهول والاحتراز عن المجهول غير متصور فلم يمكن التقييد بالصلح من العمل لثلاث بقاعد الناس عنه مع مسامحة الحاجة ولا كذلك دق الثوب ونحوه لان الهلاك مقارن بالصدق قبل أن يخرج العمل من ضمان القصار والتعريض عنه (٢٠٦) ممكن لان قوة الثوب ورقته تعرف بالاجتهاد فأمكن القول بالتقييد فان قيل قد علم من

رواية الكنايين أن الجحامة اذا ججم العبد باذن مولاه وتجاوز المعتاد وجب عليه الضمان لكن لم يعلم منها قدر الضمان على تقدير الجحامة والموت أجيب بأن ذلك بحسب قدر التجاوز حتى أن الختان اذا ختن فقطع الحشفة فان برئ فقلبه ضمان كمال الدية وان مات فعليه نصف بدل نفسه فان قيل هذا مخالف لجميع مسائل الديات فانه كلما ازداد أثر جنابته انتقص ضمانه أجيب بأن محمدا قال في النوادر انه لما برئ كان عليه ضمان الحشفة وهي عضو مقصود لا ثاني له في النفس فيقتصد بدله بدل النفس كما في قطع

فلانه اذا انكسر في الطريق والحل شي واحد تبين أنه وقع تعديا من الابتداء من هذا الوجه وله وجه آخر وهو ان ابتداء الحل حصل باذنه فلم يكن تعديا وانما صار تعديا عند الكسر فيميل الى أي الوجهين شاء وفي الوجه الثاني له الاجر بقدر ما استوفى وفي الوجه الاول لا أجر له لانه ما استوفى أصلا قال (واذا قصد القصاص أو بزغ البراغ ولم يتجاوز الموضع المعتاد فلا ضمان عليه فيما عبط من ذلك وفي الجامع الصغير بيطار بزغ الخ) فانفتحت أو ججم عبط أو ججم عبد بأمر مولاه فمات فلا ضمان عليه وفي كل واحد من العبارتين نوع بيان ووجهه أنه لا يمكنه التعريض عن السراية لانه يبقى على قوة الطباع وضعفها في تحمل الألم فلا يمكن التقييد بالصلح من العمل ولا كذلك دق الثوب ونحوه بما قدمناه لان قوة الثوب ورقته تعرف بالاجتهاد فأمكن القول بالتقييد

ما فهم من الدليل المذكور من قبل أنمتناهو مخالفه الاجير لاذن المستأجر حيث أتى بالعمل المفسد مع ان الداخل تحت اذنه انما هو العمل الحليم وسيجي من المصنف التصريح بوقوع التعدي في المسئلة الآتية وهو نظير ما نحن فيه في الاحكام (قوله وفي كل واحد من العبارتين نوع بيان) لانه ذكر في مسئلة القدوري عدم التجاوز عن الموضع المعتاد حتى انه اذا تجاوز يجب الضمان وذكر في مسئلة الجامع الصغير الاجرة وجحامة العبد بأمر المولى حتى انه اذا لم يكن بأمره يجب الضمان فيجعل المذكور في احدهما مذكورا في الاخرى كذا في النهاية ومعراج الدراية وأحسن من ذلك في البيان عبارة الكفاية فانه قال فيها لان رواية المختصر ناطقة بعدم التجاوز ساكتة عن الاذن ورواية الجامع الصغير ناطقة بالاذن ساكتة عن التجاوز فصار ما نطق به رواية المختصر بياناً لما ساكت عنه رواية الجامع الصغير وما نطق به رواية الجامع الصغير بياناً لما ساكت عنه رواية المختصر فيستفاد مجموع الروايتين اشتراط عدم التجاوز والاذن لعدم وجوب الضمان حتى اذا عدم أحدهما أو كلاهما يجب الضمان اهـ وأما صاحب العناية فقال وكل منهما يشتمل على نوع من البيان أما في القدوري فلانه ذكر عدم التجاوز عن

اللسان وأما اذا مات فقد حصل تلف النفس بفعلين أحدهما أذن فيه وهو قطع الجلدة والاخر غير مأذون فيه الموضع وهو قطع الحشفة فكان ضمانا نصف بدل النفس لذلك فان قيل التنصيف في البدل يعتمد التساوي في السبب وقد انتفى لان قطع الحشفة أشد افضاء الى التلف من قطع الجلدة لا محالة فكان كقطع البدن حرازقة أجيب بأن كل واحد يحتمل أن يقع اتلافا وان لا يقع اتلافا والتفاوت غير مضبوط فكان هذا هدرا بخلاف الحرقانة لا يحتمل أن لا يقع اتلافا

(قوله فلانه اذا انكسر في الطريق الخ) أقول لتعليل لقوله وأما الخيار مع أن القياس الخ (قوله وأما في الجامع الى قوله والهلاك) أقول فيه بحث (قوله ويشيد أنها اذا لم تكن بأمره ضمن) أقول لان التخصيص بالذكريايات يفيد نفى الحكم عما عداه (قوله ووجه ذلك أن الهلاك ليس بمقارن) أقول لا يحنى عليك أن انتفاء المقارنة لا يتوقف عليه تمام الدليل وانما ذكره لزيادة التوضيح فتأمل قال المصنف (لانه يبقى على قوة الطباع وضعفها) أقول ذكر الضمير لكونها في تأويل أن مع الفعل والمراد لان السراية وجودا وعدما تبني (قوله حتى ان الختان اذا ختن فقطع الحشفة) أقول وفي هذه التفريع كلام ثم قوله الحشفة بالحاء المهملة

قال (والاجير الخاص الخ) الاجير الخاص هو الذي يستحق الاجرة بتسليم نفسه في المدة وان لم يعمل كمن استؤجر شهر الخدمة شخص أولرى غنمه وقد ذكرنا ما يرد على الاجير المشترك والجواب عنه فعليك بمثله ههنا وقد ذكر وجه التسمية وهو ظاهر (قوله ولهذا) أى ولان الاجر مقابل بالمنافع والمنافع مستحقه له (يبقى الاجر مستحقا وان نقض العمل) على بناء المفعول بخلاف الاجير المشترك فانه روى عن محمد في خياط خا طوبير جبل بأجر ففتقه رجل قبل أن يقبض رب الثوب فلا أجر للخياط لانه لم يسلم العمل الى رب الثوب ولا يجبر الخياط على أن يعيد العمل لانه لو أجبر عليه أجبر بحكم العقد الذي جرى بينهما وذلك العقد قد انتهى بتمام العمل وان كان الخياط هو الذي فتق فعليه أن يعيد العمل وهذا لان الخياط لما فتق الثوب فقد نقض عمله وصار كأن لم يكن بخلاف (٣٠٧) ما اذا فتقه أجنبي لانه بفتق الأجنبي لا يمكن أن يجعل كأن الخياط لم يعمل أصلا ولو كان أجيرا خاصا فنقضه استحق الاجر (ولا يضمن ما تلف في يده) بأن سرق منه أو غاب أو غضب (ولا ما تلف من عمله) بأن انكسر القدوم في عمله أو تخرق الثوب من دقه اذا لم يتعمد الفساد فان تعمد

قال (والاجير الخاص الذي يستحق الاجرة بتسليم نفسه في المدة وان لم يعمل كمن استؤجر شهر الخدمة أولرى الغنم) وانما سمي أجيرا وحده لانه لا يمكنه أن يعمل لغيره لان منافعه في المدة صارت مستحقة له والاجر مقابل بالمنافع ولهذا يبقى الاجر مستحقا وان نقض العمل قال (ولا ضمان على الاجير الخاص فيما تلف في يده ولا ما تلف من عمله) أما الاول فلان العين امانة في يده لانه قبض باذنه وهذا ظاهر عند أبي حنيفة وكذا عندهما لان تضمين الاجير المشترك نوع استحسان عندهما لصيانة أموال الناس والاجير الواحد لا يتقبل الاعمال فتكون السلامة غالبية فيؤخذ فيه بالقياس وأما الثاني فلان المنافع متى صارت مملوكة للستأجر فاذا أمره بالتصرف في ملكه صح ويصير نائباً مالياً فيه يصير فعله منقولاً اليه كأنه فعل بنفسه فلهذا لا يضمنه والله أعلم بالصواب

الموضع المعتاد وبقيد أنه اذا تجاوز ضمن وأما في الجامع الصغير فلا يبين الاجرة وكون الجامعة بأمر المولى والهلاك وبقيد أنها اذا لم تكن بأمره ضمن اه كلامه (أقول) في بيانه خلل فانه جعل الهلاك أيضا من البيان الذي في عبارة الجامع الصغير وليس بسديد اذ لا شك أن مراد المصنف بقوله وفي كل واحد من العبارتين نوع بيان ان في كل واحد منهما ما نوتا من البيان مخصوصا به والهلاك المذكور في كل واحد منهما غير مخصوص بأحدهما فانه قال في مختصر القدوري فيما عطف من ذلك وقال في الجامع الصغير فنفتت وفي كل واحد منهما معنى الهلاك بل ما في مختصر القدوري صرح في ذلك بما في الجامع الصغير غير فان أهل اللغة فسر واعطى بهلك ونفق بمات (قوله والاجر الخاص الذي يستحق الاجرة بتسليم نفسه في المدة وان لم يعمل) قال صاحب العناية وقد ذكرنا ما يرد على الاجير المشترك والجواب عنه فعليك بمثله ههنا اه (أقول) لا يذهب على القطن ان مثل الجواب المذكور هناك عن الإرادة على تعريف الاجير المشترك بأنه تعريف دوري لا يتشبه ههنا يظهر ذلك بأدنى توجه وتدبر فكان صاحب النهاية تداركه هذا حيث قال وقد ذكرناه وما ورد فيه من الشبهة انتهى ولم يتعرض للجواب لكن في تحريره أضراركا كذا لان المذكور فيما تقدم تعريف الاجير المشترك وما ورد فيه من الشبهة لا تعريف الاجير الخاص وما ورد فيه فامعنى قوله وقد ذكرناه وما ورد فيه من الشبهة اللهم الآن يصار الى حذف المضاف فيكون التقدير قد ذكرناه مثله وما ورد فيه من الشبهة (قوله لان تضمين الاجير المشترك نوع استحسان عندهما لصيانة أموال الناس) فانه يقبل أعمالا كثيرة رغبة في كثرة الاجر وقد يعجز عن قضاء حق الحفظ فيها فضمن حتى لا يقصر في حفظها ولا يأخذ الاما بقدر على حفظه (والاجر الواحد لا يقبل العمل) بل يسلم نفسه (فتكون السلامة غالبية فيؤخذ

فيه بالقياس وأما الثاني) وهو ما اذا تلف من عمله (فلان المنافع متى صارت مملوكة للاستأجر) بتسليم النفس صح تصرفه فيها والامر بالتصرف فيها (فاذا أمره بالتصرف في ملكه صح ويصير المأمور) أى الاجير (نائباً مالياً به فصار فعله منقولاً اليه كأنه فعله بنفسه فلهذا لا يضمنه والله أعلم)

(قوله فعليك بمثله ههنا) أقول فيه بحث (قوله ولو كان أجيرا خاصا فنقضه) أقول يعنى نقضه أجنبي (قوله لحصول القبض باذنه) أقول القبض بالاذن حاصل في المودع بأجر وهو ضامن لما تلف في يده فكان المناسب أن يقول ولا أجر للحفظ الا أنه لم يذكره لظهوره مما سبق (قوله وقد يعجز عن قضاء حق الحفظ فيها فضمن حتى لا يقصر في حفظها) أقول فيه بحث فان حكمها بالضمن انما ناشأ من الدالين المذكورين في الكتاب وما ذكرهنا يدل على أن ذلك ليس لا يقصر الاجراء في الحفظ ولا يظهر أن يقال وكذا عند عدم جريان وجهى الاستحسان في أجير الواحد فبقى على القياس

باب الاجارة على أحد الشرطين

لما فرغ من ذكر الاجارة على شرط (٢٠٨) واحد ذكر في هذا الباب الاجارة على أحد الشرطين لان الواحد قبل الاثنين قال

باب الاجارة على أحد الشرطين

(واذا قال للخياط ان خطت هذا الثوب فارسيا فبدرهم وان خطته روميا فبدرهمين جازواى عمل من هذين العملين عمل استحق الاجرة به) وكذا اذا قال للصباغ ان صبغته بعصف فبدرهم وان صبغته بزعفران فبدرهمين وكذا اذا خير بين شيئين بأن قال آجرتك هذه الدار شهر الخمسة أو هذه الدار الاخرى عشرة وكذا اذا خير بين مسافتين مختلفتين بأن قال آجرتك هذه الدابة الى الكوفة بكذا أو الى واسط بكذا وكذا اذا خير بين ثلاثة أشياء وان خير بين أربعة أشياء لم يحز والمعتبر في جميع ذلك البيع والجامع دفع الحاجة غير أنه لا بد من اشتراط الخيار في البيع وفي الاجارة لا يشترط ذلك لان الاجرا عما يجب بالعمل وعند ذلك يصير المعقود عليه معلوما وفي البيع يجب الثمن بنفس العقد فتتحقق الجهالة على وجه لا ترتفع المنازعة الا بآبائات الخيار (ولو قال ان خطته اليوم فبدرهم وان خطته غدا فبنصف درهم فان خاطه اليوم فله درهم وان خاطه غدا فله أجر مثله عند أبي حنيفة لا يجاوز به نصف درهم وفي الجامع الصغير لا ينقص من نصف درهم ولا يزداد على درهم

ياخذ الا ما يقدر على حفظه كذا في العناية أخصا من الكافي قال بعض الفضلاء فيه بحث فان حكمها بالنسيان انما نشأ من الدليلين المذكورين في الكتاب وما ذكرهنا يدل على أن ذلك لا يقصر الاجراء في الحفظ انتهى (أقول) هذا البحث ساقط جدا اذا الظاهر أن ما ذكرهنا حكمة حكمها بضمين الاجرة المشتركة وما ذكره فيما مر في الكتاب من الوجهين انما هو دليل حكمها بذلك فلا تنافي بينهما أصلا على أنه لو كان ما ذكرهنا أيضا دليلا لا حكمة لم يلزم محذور قط اذ لا تنافي بين ما ذكرهنا وما ذكرهنا وما ذكرهنا ولا تعارض فلا مانع عن كون هذا وذاك معادليا على الحكم

باب الاجارة على أحد الشرطين

لما فرغ من ذكر الاجارة على شرط واحد ذكر في هذا الباب الاجارة على أحد الشرطين لان الواحد قبل الاثنين (قوله غير أنه لا بد من اشتراط الخيار في البيع وفي الاجارة لا يشترط ذلك الى قوله فتتحقق الجهالة على وجه لا ترتفع المنازعة الا بآبائات الخيار) استشكل صاحب التسهيل هذا الفرق حيث قال أقول الجهالة التي في طرف الاجرة ترتفع كما ذكرنا وأما الجهالة التي في طرف العين المستأجرة في نحو قوله آجرتك هذه الدار سنة بخمسة أو هذه الدار بعشرة فهي ثابتة وهي تقضى الى النزاع في تسليم العين وتسلمه اذا المستأجر يريد هذا والمؤجر يدفع الاخر فيحقق النزاع فينبغي أن لا يصح بدون شرط خيار التعيين انتهى كلامه وأجاب عنه بعض العلماء حيث قال بعدد كذلك الاستشكل في صورة أن يكون من عند نفسه ويمكن الجواب بأن يقال ان الثمن يجب في باب البيع بمجرد العقد فلا ترتفع الجهالة المفضية الى النزاع حين وجوب الثمن الا بآبائات الخيار والاجرة في باب الاجارة لا يجب بمجرد العقد بل بالعمل وعند وجود العمل ترتفع الجهالة لا محالة فلا حاجة الى آبائات الخيار الى هنا كلامه (أقول) ليس هذا الجواب بشيء اذ ليس فيه شيء زائد على ما ذكرنا وفي الفرق ههنا والاشكال المزبور انما يتجه بعد ذلك فان الجهالة التي في طرف العين المستأجرة تقضى الى النزاع في تسليم العين وتسلمها فلا يبقى المجال للعمل نفسه اذ العمل في نحو استئجار الدار انما يتصور بعد تحقق تسليم العين المستأجرة وتسلمها وعند النزاع لا يتحقق ذلك فلا يفيد القول بأن الجهالة ترتفع عند وجود العمل كما لا يخفى فليست أملا

(واذا قال للخياط الخ) اذا قال رجل للخياط ان خطت هذا الثوب فارسيا فلك درهم وان خطته روميا فلك درهمان جاز بالاتفاق وأى العملين عمل استحق الاجر المسمى له وكذلك اذا كان التردد بين الصبغين أو الدارين أو الدائبين أو مسافتين وكذلك اذا كان بين ثلاثة أشياء اما اذا كان بين أربعة أشياء فلم يحز والمعتبر في جميع ذلك البيع والجامع دفع الحاجة غير أنه لا بد من اشتراط الخيار في البيع وفي الاجارة لا يشترط ذلك لان الاجر انما يجب بالعمل وعند ذلك يصير المعقود عليه معلوما وفي البيع يجب الثمن بنفس العقد فتتحقق الجهالة ولا ترتفع المنازعة الا بآبائات الخيار واذا قال ان خطته اليوم فبدرهم وان خطته غدا فبنصف درهم قال أبو حنيفة الشرط الاول جائز والثاني فاسد فان خاطه اليوم فله درهم وان خاطه غدا فله أجر مثله

باب الاجارة على أحد الشرطين

(قوله اذا قال رجل للخياط ان حطت هذا الثوب) أقول فان قيل أليس هذا تعليقا والاجارة لا تقبله قلنا

ليس هذا تعليقا للعقد الاجارة بأمر آخر كأن يقول ان جازم زيد فقد آجرتك دارى هكذا وهو الذى لا يقبله العقد أما ذكر العقد بصيغة التعليق فلا مانع منه (قوله غير أنه لا بد من اشتراط الخيار في البيع) أقول بمعنى خيار التعيين في

وقال أبو يوسف ومحمد الشرطان جائزان في أيهما خاط استحق المسمى فيه وقال زفر الشرطان فاسدان لان العمل الواحد قبول بديلين على البدل وذلك يفضي الى الجهالة الفضية الى النزاع وبيان ذلك ما ذكره ان ذكر اليوم للتجيب لا للتوقيت لانه حال افراد العقد في اليوم بقوله خطبه اليوم بدرهم كان للتجيب لا للتوقيت حتى لو خاطه في الغدا استحق الاجر فكذا ههنا وذكر الغد لترفيه لانه حال افراد العقد في الغد بقوله خطبه غدا بنصف درهم كان لترفيه فكذا ههنا اذ ليس لتعداد الشرط أثر في تغييره فيجتمع في كل يوم تسميتان اما في اليوم فلان ذكر الغدا اذا كان لترفيه كان العقد المضاف الى غدا ثابتا اليوم مع عقد اليوم واما في الغد فلان العقد المنعقد في اليوم باق لان ذكر اليوم للتجيب فيجتمع مع المضاف الى غدا واذا اجتمع في كل واحد منهما تسميتان لزم مقابلة العمل الواحد بديلين على البدل فصار كأنه قال خطبه بدرهم أو بنصف درهم وهو باطل لكون الاجر مجهولا والجواب أن الجهالة تزول بوقوع العمل فان به يتعين الاجر للزومه عند العمل كما تقدم ولهما أن ذكر اليوم للتوقيت لانه حقيقة اليوم للتوقيت لانه حقيقة فكان قوله ان خطبه اليوم فبدرهم مقتصرا على اليوم فبما نقضه اليوم لا يبق العقد الى الغد بل ينقضي بانقضاء الوقت وذكر الغد للتعلق أي للاضافة لان الاجارة لا تقبل التعليق لكن تقبل الاضافة الى وقت المستقبل فتكون مرادة لكونها حقيقة وانا كان للاضافة لم يكن العقد ثابتا في الحال فلا يجمع في كل يوم تسميتان (قوله ولان

(٢٠٩)

غدا واذا اجتمع في كل واحد منهما

تسميتان لزم مقابلة العمل الواحد بديلين على البدل فصار كأنه قال خطبه بدرهم أو بنصف درهم وهو باطل لكون الاجر مجهولا والجواب أن الجهالة تزول بوقوع العمل فان به يتعين الاجر للزومه عند العمل كما تقدم ولهما أن ذكر اليوم للتوقيت لانه حقيقة اليوم للتوقيت لانه حقيقة فكان قوله ان خطبه اليوم فبدرهم مقتصرا على اليوم فبما نقضه اليوم لا يبق العقد الى الغد بل ينقضي بانقضاء الوقت وذكر الغد للتعلق أي للاضافة لان الاجارة لا تقبل التعليق لكن تقبل الاضافة الى وقت المستقبل فتكون مرادة لكونها حقيقة وانا كان للاضافة لم يكن العقد ثابتا في الحال فلا يجمع في كل يوم تسميتان (قوله ولان

وقال أبو يوسف ومحمد الشرطان جائزان) قال زفر الشرطان فاسدان لان الخياطة ثني واحد وقد ذكر بمقابلته بدلان على البدل فيكون مجهولا وهذا لان ذكر اليوم للتجيب وذكر الغد لترفيه فيجتمع في كل يوم تسميتان ولهما أن ذكر اليوم للتوقيت وذكر الغد للتعلق فلا يجمع في كل يوم تسميتان ولان التجيب والتأخير مقصود فنزل منزلة اختلاف النوعين في دفع أصل الاشكال (قوله وقال زفر الشرطان فاسدان لان الخياطة ثني واحد وقد ذكر بمقابلته بدلان على البدل فيكون مجهولا وهذا لان ذكر اليوم للتجيب وذكر الغد لترفيه فيجتمع في كل يوم تسميتان) بيان ذلك ان ذكر اليوم للتجيب لا للتوقيت لانه حال افراد العقد في اليوم بان قال خطبه اليوم بدرهم كان للتجيب لا للتوقيت حتى لو خاطه في الغدا استحق الاجر فكذا ههنا وذكر الغد لترفيه لانه حال افراد العقد في الغد بان قال خطبه غدا بنصف درهم كان لترفيه فكذا ههنا اذ ليس لتعداد الشرط أثر في تغييره فيجتمع في كل يوم تسميتان اما في اليوم فلان ذكر الغدا اذا كان لترفيه كان العقد المضاف الى غدا ثابتا اليوم مع عقد اليوم واما في الغد فلان العقد المنعقد في اليوم باق لان ذكر اليوم للتجيب فيجتمع مع المضاف الى غدا واذا اجتمع في كل واحد منهما تسميتان لزم مقابلة العمل الواحد بديلين على سبيل البدل فصار كأنه قال خطبه بدرهم أو بنصف درهم وهو باطل لكون الاجر مجهولا وذلك يفضي الى النزاع كذا في الشروح والكافي قال صاحب العناية بعد ذلك البيان والجواب أن الجهالة تزول بوقوع العمل فان به يتعين الاجر للزومه عند العمل كما تقدم انتهى (أقول) فيه نظر لان زوال الجهالة بوقوع العمل انما يتصور اذا لم يجمع في كل يوم تسميتان ومدار دليل زفر على اجتماعهما في كل يوم كما تبين من قبل فحينئذ لا تزول الجهالة قطعا لان العمل المشروط أمر واحد في أي يوم يقع يلزم أن يكون في مقابلته بدلان على سبيل البدل فالوجه في الجواب عن دليل زفر منع لزوم اجتماع التسميتين في كل يوم كما سيفهم من تقرير دليل سائر الأئمة ولهذا لم يتعرض المصنف للجواب عنه صريحا (قوله ولهما أن ذكر اليوم للتوقيت وذكر الغد للتعلق فلا يجمع في كل يوم تسميتان) قال بعض العلماء بعد نقل دليلهما هذا عن الهداية وفيه كلام وهو أن الاماين جعل اليوم في مسئلة أن يستأجر اجتزله اليوم كذا بتكيد التجيب هر باعن بطلان الحمل على التوقيت فكيف يلزمان الامر الباطل ههنا انتهى (أقول) هذا الكلام ظاهر الاندفاع لان الاماين انما جعل اليوم ههنا على التوقيت لكون

(٢٧ - تكمله سابع)

التعجيل والتأخير مقصود دليل آخر لهما ومعناه أن المعقود عليه واحد وهو العمل ولكن بصفة خاصة فيكون مراده التعجيل لبعض أغراضه في اليوم من التحمل والبيع بزيادة فائدة فيفوت ذلك ويكون التأجيل مقصودا فصار باختلاف الغرض كالتعجيل من العمل كما في الخياطة الفارسية والرومية

(قوله والجواب أن الجهالة تزول بوقوع العمل) أقول فيه بحث اذ لا تزول الجهالة بوقوع العمل فيما نحن فيه لاجتماع التسميتين في كل يوم فالاولى هو التعرض لمقدمات دليله ومنع اجتماعهما في كل يوم (قوله كما تقدم) أقول أنفا (قوله فتكون مرادة لكونها حقيقة) أقول فيه شيء بل حقيقة التعليق لمكان ان وجوبه ظاهر فانه قال ذكر الغد للاضافة وهي حقيقة ودخول ان بعد التقييد بالغد (قوله فيكون مراده التعجيل) أقول لا يقال هذا مخالف لما قاله أنفا من أن ذكر اليوم للتوقيت لانه ليس معنى كلامه أن التعجيل معنى مراد بذكر اليوم بل انه لازم من لوازم معناه فتأمل ويجوز أن يحمل الكلام على الالزام

(ولابي حنيفة أن ذكر الغد لتعليق حقيقة) أي للاضافة ويجوز أن يقال عبر عن الاضافة بالتعليق إشارة الى أن النصف في الغد ليس بتسمية جديدة لأن التسمية الاولى باقية وانما هو لفظ الصنف الآخر بالتأخير فيكون معناه ذكر الغد لتعليق أي لتعليق الحظ بالتأخير وهو يقبل التأخير وإذا كانت الحقيقة يمكن العمل بها لا يجوز الصبر الى المجاز وإذا كان للاضافة لا تجتمع تسميتان في اليوم (ولا يمكن حمل اليوم على حقيقة التي هي التأقيت لأن فيه فساد للعقد لاجتماع الوقت والعمل) فانا اذا نظرنا الى ذكر العمل كان الاجير مشتركا وإذا نظرنا الى ذكر (٣١٠) اليوم كان أجير وحدها متنافيان لتنافي لوازمهما فان ذكر العمل يوجب

عدم وجوب الاجرة ما لم يعمل وذكر الوقت يوجب وجوبها عند تسليم النفس في المدة وتنافي اللوازم يدل على تنافي اللزومات

قال المصنف (ولابي حنيفة أن ذكر الغد لتعليق حقيقة ولا يمكن حمل اليوم على التأقيت) أقول قبل اذا تأملت في كلام الهداية أعني قوله ولا يمكن حمل اليوم على التأقيت لأن فيه فساد العقد لاجتماع الوقت والعمل يظهر لك ضعف ما ذكره صاحب العناية فان صاحب الهداية جعل مناهات امتناع حمل اليوم على حقيقة معناه أعني التأقيت لزوم فساد العقد ومنه يهيم أنه حمل على مجاز له هذا المناط إذ القرينة المانعة عن ارادة الحقيقة في صورة تعين المجاز كافية في الحمل على المجاز على ما عرفت فم لو جعل المناط من أول الامر ما ذكره صاحب الكافي حيث قال لانه زاده

ولابي حنيفة أن ذكر الغد لتعليق حقيقة ولا يمكن حمل اليوم على التأقيت لأن فيه فساد للعقد لاجتماع الوقت والعمل

التوقيت حقيقة وعدم تحقق الصارف عنها الى المجاز عندهما كما صرح به في الكافي والشروح وانما جعل اليوم في مسألة الخبر للتجمل لتحقيق الصارف عن الحقيقة الى المجاز هناك وهو يصح العقد فان الاصل تصحيح تصرف العاقل ما أمكن وانما أمكن هناك يجعل اليوم للتجمل فلا منافاة بين المقامين على أصلهما واقداً فصح عما ذكرنا من الشريعة حيث قال فان قلت قد جعلنا ذكر اليوم في مسألة خبر الخاتم للتجمل فما هو المانع من جعل ذلك هنا قلت هناك لا على المجاز تصحيح العقد وهذا على الحقيقة للتصحيح أيضاً إذ لو عكس الامر في الفصلين يلزم ابطال ما قصد العاقدان من صحة العقد والاصل تصحيح تصرف العاقل ما أمكن انتهى كلامه (قوله ولابي حنيفة أن ذكر الغد لتعليق حقيقة) ومراده بالتعليق الاضافة أي للاضافة حقيقة لأن الاجارة لا تقبل التعليق ولكن تقبل الاضافة الى وقت في المستقبل فتكون مرادة كذا أي عامة الشراح حتى قال بعضهم ولا هذا ذكر في بعض النسخ ذكر الغد للاضافة وقال صاحب العناية بعد تفسير التعليق هنا بالاضافة ويجوز أن يقال عبر عن الاضافة بالتعليق إشارة الى أن النصف في الغد ليس بتسمية جديدة لأن التسمية الاولى باقية وانما هو لفظ النصف الآخر بالتأخير فيكون معناه ذكر الغد لتعليق أي لتعليق الحظ بالتأخير وهو يقبل التأخير الى هنا كلامه (أقول) فيه بحث إذ لو لم يكن النصف في الغد تسمية جديدة بل كان ذكر الغد لمجرد تعليق حط النصف الآخر بالتأخير لما صح قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى يجتمع في الغد تسميتان دون اليوم فيصح الاول وبفسد الثاني إذ على ذلك التقدير لا يكون في الغد التسمية واحدة هي التسمية الاولى ولكن يحط نصف المسمى بالتأخير فتجوز ذلك المعنى هنا فإدلاله على حنيفة بل لادعاءه أيضاً كما أنه اغتر بما ذكره صاحب غاية البيان فانه قال في شرح قول المصنف وذكر الغد لتعليق أثناء تقرير دليل الامامين المراد من التعليق الاضافة لأن تعليق الاجارة لا يجوز وقال أو نقول المراد به تعليق حط النصف بالتأخير الى الغد وذلك جائز لتعليق الاجارة انتهى ولكن لا يخفى على الفطن أن تجوز ذلك المعنى أثناء تقرير دليل الامامين لا يستلزم محذوراً يستلزمه تجوز أثناء تقرير دليل أبي حنيفة فانهم ما يقولون لا يجتمع في كل يوم تسميتان فلا ينافيه تجوز ذلك بخلاف قول أبي حنيفة كما عرفت (قوله ولا يمكن حمل اليوم على التأقيت لأن فيه فساد للعقد لاجتماع الوقت والعمل) فانا اذا نظرنا الى ذكر العمل كان الاجير مشتركا وإذا نظرنا الى ذكر اليوم كان أجير وحدها متنافيان لتنافي لوازمهما فان ذكر العمل يوجب عدم وجوب الاجرة ما لم يعمل وذكر الوقت يوجب وجوبها عند تسليم النفس في المدة وتنافي اللوازم يدل على تنافي

في الاجر متى خاط في اليوم ونقص متى آخر وهو دليل أن اليوم للتجمل لا للتوقيت لاستقام الكلام من غير رية اللزومات ولكن على ما ذكره في الهداية الفرق مشكل على ما لا يخفى وثبوت الفرق من وجه آخر لا يفيد فتأمل وفي كتاب الصرف في مسألة بيع السيف المحلى تفصيل متعلق بالمقام خصوصاً في شرح ابن الهمام (قوله لأن التسمية الاولى باقية وانما هو لفظ النصف الآخر الخ) أقول فتأمل كيف اجتمع حينئذ في الغد التسميتان حتى يفسد (قوله وهو يقبل التأخير) أقول كان الظاهر أن يقول وهو يقبل التعليق كما لا يخفى ولكنه ليس كذلك لما فيه من شبهة القبر على ما عرفت

ولذلك عدلنا عن الحقيقة التي هي التأقيت الى المجاز الذي هو التجهيل (وحيثما تجتمع في الغد تسميتان دون اليوم فيصح الاول ويجب المسمى ويفسد الثاني ويجب أجرة المثل) ولقائل أن يقول في جعل اليوم للتجهيل صحة الاجارة الاولى وفساد الثانية وفي جعله للتوقيت فساد الاولى وصحة الثانية ولا رجحان لاحدهما على الآخر فكان تحكما والجواب ان فساد الاجارة الثانية يلزم في ضمن صحة الاولى والضمينات غير معتبرة واستشكل على قول أبي حنيفة بمسئلة الخاتيم (٢١١) فانه جعل فيه ذكر اليوم للتأقيت وأفسد

العقد وهما للتجهيل وصحة العقد واجب بما ذكرنا أن ذكر اليوم للتأقيت حقيقة لا يترك اذا لم يمنع عن ذلك مانع كما نحن فيه فان الحمل على الحقيقة مفسد للعقد فنعنا ذلك عن الحمل عليه وقام الدليل على المجاز وهو نقصان الاجر للتأخير بخلاف حالة الانفراد فانه لا دليل على المجاز فكان التأقيت مراد افسد العقد ورد بان دليل المجاز قائم به وهو تصحيح العقد على تقدير التجهيل فيكون مراد انظر الى ظاهر الحال والجواب ان الجواز بظاهر الحال في حيز النزاع فلا بد من دليل زائد على ذلك وليس موجود بخلاف ما نحن فيه فان نقصان الاجر دليل زائد على الجواز بظاهر الحال ومما ذكرنا علم أن قياس زفر حالة الاجتماع بجالة الانفراد فاسد لوجود الفارق واذا وجب أجر المثل ففسد اختلاف الرواية عن أبي حنيفة اذا خاطه في اليوم الثاني روى عنه أنه في اليوم الثاني أجر مثله لا يجاوز به نصف درهم لانه هو المسمى في اليوم الثاني قال القدوري رحمه الله هي الصحيحة

واذا كان كذلك يجتمع في الغد تسميتان دون اليوم فيصح اليوم الاول ويجب المسمى ويفسد الثاني ويجب أجرة المثل لا يجاوز به نصف درهم لانه هو المسمى في اليوم الثاني

المزومات ولذلك عدلنا عن الحقيقة التي هي التأقيت الى المجاز الذي هو التجهيل كذا في العناية وغيرها (أقول) يشكل هذا بمسئلة الراعي فانه يجتمع فيها العمل والوقت وتصح الاجارة بالاتفاق ولا يحتمل الوقت على غير معناه الحقيقي في قول أحد بل يعتبر الاجرة أجرة ما شتر كان وقع ذكر العمل أولا وأجبر وحدان وقع ذكر المدة أولا واصلح بذلك في عامة المعنويات سيما في الذخيرة والمحيط البرهاني قال صاحب الكافي في المسئلة اشكال هائل على قول أبي حنيفة رحمه الله فانه جعل ذكر اليوم للتجهيل هنا حتى أجاز العقد وفي مسئلة الخاتيم جعل ذكر اليوم للتأقيت فافسد العقد على ما سبق تقريره والجواب أن ذكر اليوم حقيقة للتوقيت فيجعل عليه حتى يقوم الدليل على المجاز وهنا قام الدليل على المجاز وهو نقصان الاجر بسبب التأخير فعدلنا عن الحقيقة وصرنا الى المجاز بهذا الدليل ولم يبق مثل هذا الدليل عنه فكان التوقيت مراد افسد العقد انتهى كلامه وزاد عليه تاج السريعة سؤالوا جوابا فخلصهم ما صاحب العناية فقال بعد ذلك الاشكال والجواب ورد بان دليل المجاز قائم به وهو تصحيح العقد على تقدير التجهيل فيكون مراد انظر الى ظاهر الحال والجواب ان الجواز بظاهر الحال في حيز النزاع فلا بد من دليل زائد على ذلك وليس موجود بخلاف ما نحن فيه فان نقصان الاجر دليل زائد على الجواز بظاهر الحال انتهى (أقول) يشكل الجواب المذكور عن ذلك الاشكال بمسئلة أخرى مذكورة في المحيط البرهاني وهي ما قال فيه ولو قال ان خطته اليوم فذلك درهم وان خطته غدا فلا أجر لك قال محمد في الامالي ان خاطه في اليوم الاول فله درهم وان خاطه في اليوم الثاني فله أجر مثله لا يزداد على درهم في قولهم جميعا لان اسقاط الاجر في اليوم الثاني لا يني وجوبه في اليوم الاول ونفي التسمية في اليوم الثاني لا يني أصل العقد فكان في اليوم الثاني عقد التسمية فيه فوجب أجر المثل انتهى لفظ المحيط فان أبا حنيفة رحمه الله لم يفسد العقد في اليوم الاول في هاتيك المسئلة كما أفسد في حالة الانفراد مع أنه لم يبق فيها دليل على المجاز كما قام دليل عليه فيما نحن فيه اذ لا شك أن قوله ان خطته غدا فلا أجر لك لا يكون دليلا على عدم ارادته ما كان ذكر اليوم حقيقة فيه وهو التوقيت بل يكون دليلا على ارادة حقيقة ذلك اذ لو لم يكن مراده التوقيت لما نفي الاجر بالكسبة في الغد واذا كان التوقيت مراد ابد ذكر اليوم في تلك الصورة يشكل الفرق بينها وبين مسئلة الخاتيم جدا على قول أبي حنيفة فليستأمل واستشكل الجواب المذكور بعض الفضلاء بوجه آخر حيث قال ولا بد لأبي حنيفة من بيان دليل المجاز فيما اذا قبل خطه اليوم بدرهم حيث جعل ذكر اليوم على التجهيل وقال ويجوز أن يكون الدليل عليه صيغة الامر فانها تدل على كون الخياطة مطلوبة فلا يكون ذكر اليوم للتأقيت وقال وفيه تأمل انتهى (أقول) لا يتوجه هذا الاستشكال رأسا اذ لا نسلم أن أبا حنيفة جعل ذكر اليوم على التجهيل في الصورة المذكورة بل الظاهر أنه على أصله هناك أيضا من أن الجمع بين ذكر الوقت و ذكر العمل مفسد للعقد حالة الأفراد وان تتبع

(قوله وقام الدليل على المجاز وهو نقصان الاجر للتأخير) أقول ولا بد لأبي حنيفة من بيان دليل المجاز فيما اذا قبل خطه اليوم بدرهم حيث جعل ذكر اليوم على التجهيل ويجوز أن يقال الدليل عليه صيغة الامر فانها تدل على كون الخياطة مطلوبة فلا يكون ذكر اليوم للتأقيت وفيه تأمل (قوله بخلاف ما نحن فيه فان نقصان الاجر دليل على المجاز) أقول يعني دليل على المجاز (قوله زائد على الجواز بظاهر الحال) أقول قوله على الجواز متعلق بقوله زائد

(وفي الجامع الصغير لا يزداد على درهم ولا ينقص من نصف درهم لان التسمية الاولى لا تنعدم في اليوم الثاني فتعتبر لمنع الزيادة وتعتبر التسمية الثانية لمنع النقصان فان خاطه في اليوم الثالث لا يجاوز به نصف درهم عند أبي حنيفة هو الصحيح لانه اذا لم يرض بالتأخير الى الغد فبالزيادة عليه الى ما بعد الغد اولى) واما عندهما فالصحيح انه ينقص من نصف درهم ولا يزداد عليه قال (ولو قال ان سكنت في هذا الدكان عطارا فبدرهم الخ) ولو قال ان سكنت في هذا الدكان عطارا فبدرهم وان سكنته حداد فبدرهمين وكذا ان استأجر بيتا فقال ان سكنت فيه عطارا فبدرهمين وان سكنت فيه حداد فبدرهمين (٢١٢) ولو استأجر دابة الى الحيرة على أنه ان حل عليها كر شعير فبنصف درهم وان حل عليها كر خطبة فبدرهم

وفي الجامع الصغير لا يزداد على درهم ولا ينقص من نصف درهم لان التسمية الاولى لا تنعدم في اليوم الثاني فتعتبر لمنع الزيادة وتعتبر التسمية الثانية لمنع النقصان فان خاطه في اليوم الثالث لا يجاوز به نصف درهم عند أبي حنيفة رحمه الله هو الصحيح لانه اذا لم يرض بالتأخير الى الغد فبالزيادة عليه الى ما بعد الغد اولى (ولو قال ان سكنت في هذا الدكان عطارا فبدرهم في الشهر وان سكنته حداد فبدرهمين جازواي الامر بنفعي استحق الاجر المسمى فيه عند أبي حنيفة وقالوا لا اجارة فاسدة وكذا ان استأجر بيتا على أنه ان سكن فيه عطارا فبدرهم وان سكن فيه حداد فبدرهمين فهو جائز عند أبي حنيفة رحمه الله وقالوا لا يجوز ومن استأجر دابة الى الحيرة بدرهم وان جاوزهم الى القادسية فبدرهمين فهو جائز ويحتمل الخلاف وان استأجرها الى الحيرة على أنه ان حل عليها كر شعير فبنصف درهم وان حل عليها كر خطبة فبدرهم فهو جائز في قول أبي حنيفة رحمه الله وقالوا لا يجوز) وجه قولهما أن المعقود عليه مجهول وكذا الاجر أحد الشئيين وهو مجهول والجهالة توجب القسامة بخلاف الخطاطة الرومية والفارسية لان الاجر يجب بالعمل وعند ترفع الجهالة أما في هذه المسائل يجب الاجر بالتخيلية والتسليم فتبقى الجهالة وهذا الحرف هو الاصل عندهما ولاي حنيفة أنه خير بين عقدين صحيحين مختلفين فيصمح كافي مسألة الرومية والفارسية وهذا لان سكناه بنفسه بخلاف اسكانه الحداد ألا ترى أنه لا يدخل ذلك في مطلق العقد وكذا في أخواتها والاجارة تعقد لا انتفاع وعند ترفع الجهالة عامة المعتبرات ولم أجد في شيء منها ما يدل على صحة العقد في الصورة المزبورة عند أبي حنيفة بل وجدت في بعض منها التصريح بعدم صحة العقد في تلك الصورة فان الامام الزاهد في شرحه لمختصر القنود في نقله عن شرح الاقطع ولو قال خط هذا النوب اليوم ولك درهم لم يصح لجهالة المعقود عليه أنه المدة أو العمل انتهى نعم قد قيل في الكافي وكثير من الشروح في اثنائها بيان دليل زفر في المسئلة التي نحن بصدددها توضيحاً لقوله ان ذكر اليوم للتعجيل لا للتوقيف وله ذلك الوأفرد العقد في اليوم بأن قال خطه اليوم بدرهم كان للتعجيل لا للتوقيف حتى لو خاطه في الغد استحق الاجر فكذا ههنا انتهى لكن الظاهر ان ذلك القياس المذكور في دليل زفر انما ينتهض حجة على الامامين فانهم ما يقولون بالتعجيل حالة الافراد لا على أبي حنيفة رحمه الله فتدبر (قوله وفي الجامع الصغير لا يزداد على درهم ولا ينقص من نصف درهم لان التسمية الاولى لا تنعدم في اليوم الثاني فتعتبر لمنع الزيادة وتعتبر التسمية الثانية لمنع النقصان) أقول فيه نظراً قد تقر في أول باب الاجارة الفاسدة ان التسمية في الاجارة الفاسدة تمنع الزيادة عندنا ولا تمنع النقصان أصلاً بل يجب أجر المثل وان نقص عن المسمى فبما عني أن تعتبر التسمية الثانية ههنا لمنع النقصان وههنا لا تخالفنا ما تقرر (قوله أما في هذه المسائل يجب الاجر بالتخيلية والتسليم فتبقى الجهالة وهذا الحرف هو الاصل عندهما) قال صاحب التسهيل يرد على أصلهما مسألة التخيير بين مسافتين ولاي حنيفة أنه خير بين عقدين صحيحين مختلفين فيصمح كافي مسألة الرومية والفارسية وهذا أي كونهما مختلفين مختلفين لان سكناه بنفسه بخلاف اسكانه الحداد ألا ترى أنه أي اسكانه الحداد لا يدخل في مطلق العقد وكذا في أخواتها (قوله والاجارة جواب) عن قوله يجب الاجر بالتخيلية الخ وتقريره أن الاجارة (تعقد لا انتفاع وعند ترفع الجهالة) أما ترك الانتفاع مع التمكن فتدبر لا معتبر به

عليها كر خطبة فبدرهم
فذلك كله جائز عند أبي حنيفة
خلافهما وان استأجرها الى
الحيرة بدرهم فان جاوزهم الى
القادسية فبدرهمين فهو
جائز ويحتمل الخلاف وانما قال
ذلك لان هذه المسئلة ذكرت
في الجامع الصغير مطلقاً
فيصمح أن يكون هذا قول
الكل ويحتمل أن يكون قول
أبي حنيفة خاصة كافي نظائرها
وجه قولهما أن المعقود عليه
أحد الشئيين وكذلك الاجر
أحد الشئيين وهو مجهول
والجهالة الواحدة توجب
القسامة فكيف الجهالتان فان
قيل مسألة الخطاطة الرومية
والفارسية فيها جهالة المعقود
عليه فكانت صحيحة أجاب
بقوله بخلاف الخطاطة الرومية
والفارسية لان الاجر منه يجب
بالعمل وعند ترفع الجهالة أما
في هذه المسائل فالاجر يجب
بالتخيلية في الدار والدكان
والتسليم في العبد فتبقى الجهالة
وهذا الحرف أي قوله يجب
الاجر بالتخيلية والتسليم فتبقى
الجهالة هو الاصل عندهما

(قوله وفي الجامع الصغير لا يزداد على درهم ولا ينقص من نصف درهم) أقول لا يقال كان الواجب في جهالة المسمى أجر المثل بالغام بالغ لفرق الظاهر بين الجهالتين فان ههنا بعض التعيين بل كل التعيين بالنظر الى لفظ المؤجر (قوله والتسليم في العبد) أقول فيه شيء وكان الظاهر أن يقال والتسليم في الدابة

ولو احتج الى الإيجاب بمجرد التسليم يجب أقل الاجرين للتيقن به

باب اجارة العبد

مختلفتين فان الاجر يجب بالتسليم من غير عمل فيلزم ان يفسد عقد الاجارة منه عندهما مع أنه جائز عند أصحابنا وفاقا لا عند زفر انتهى كلامه (أقول) يمكن أن يجاب عنه بأن الاجر وان وجب في الصورة المذكورة بالتسليم من غير عمل لأنه لا يجب بمجرد التسليم والتخلية بل لابد في وجوبه من قطع المسافة المعينة في ذلك العقد فانهم صرحوا بأنه اذا استأجر دابة الى الكوفة فسلمها المؤجر وأمسكها المستأجر ببغداد حتى مضت مدة يمكنه السير فيها الى الكوفة فلا أجر عليه وان ساقها معه الى الكوفة فلم يركبها وجبت الاجرة انتهى ففي مسألة التخيير بين مسافتين مختلفتين ترتفع الجهة بقطع مسافة من تلك المسافتين بخلاف ما نحن فيه على أصلهما (قوله ولو احتج الى الإيجاب بمجرد التسليم يجب أقل الاجرين للتيقن به) يعني ولو احتج الى الإيجاب الاجر بمجرد التخلية والتسليم بأن يسلم العين المستأجرة ولم ينتفع به حتى يعلم المنفعة (يجب أقل الاجرين للتيقن به) (أقول) القائل أن يقول لو جاز الأخذ بالأقل في دفع الجهة الواقعة في باب الاجارة بناء على كونه متيقنا لصحت الاجارة فيما اذا سمى لعل معين أو لمنفعة معينة أجرين متغايرين على سبيل البدل كأن قال خط هذا الثوب بدرهم أو بنصف درهم أو قال اسكن في هذا البيت بدرهم أو بنصف درهم وجب أقل الاجرين للذين ممهما ولم يقل به أحدهما في الدفع والله الموفق

باب اجارة العبد

قال صاحب النهاية لما فرغ من بيان أحكام تتعلق بالحر شرع في بيان أحكام تتعلق بالعبد اذا العبد منخط الدرجة عن الحر فانخط ذكره عن ذكر الحر لذلك انتهى واقتنى أثره كثير من الشراح في ذكر هذا الوجه وقال صاحب غاية البيان لما كان اجارة الرقيق نوعا من أنواع الاجارة وبالرقيق مسائل خاصة تتعلق به ذكرها في باب على حدة وأخذ كرها لان الجنس مقدم على النوع وقال هذا ما لا ح من وجه المناسبة وما قيل في بعض الشروح ان العبد منخط الدرجة عن الحر فانخط ذكره عن ذكر الحر لذلك فقيه نظر لان صاحب الهداية ذكر قبل هذا استئجار الدور والحوانيت والحمام والدواب وذكر هنا استئجار الرقيق لا اختصاصه بالمسائل المذكورة في هذا الباب وترجم الباب باب اجارة العبد كما ترجم في الاصل باب اجارة الرقيق لا خدمة وغيرها وظاهر كلام هذا الشارح يفهم منه ان العبد منخط الدرجة عن الحر لانه لا ولاية له أصلا فلا يصح تصريفه في شيء الا باذن المولى وهذا مسلم ولكن لو كان مراد المصنف هذا لم يبدأ أول الباب باستئجار العبد لانه لم يوجد منه تصرف أصلا في عقد الاجارة لا اصاله ولا نيابة بل هو محل التصرف وموقع عقد الاجارة كالدابة ونحو ذلك فعلم بهذا ان غرض المصنف لم يكن التنويع المسائل الى هنا كلامه (أقول) في الوجه الذي لاح له نظر لان مجرد كون الجنس مقسما على النوع لا يقتضي تأخير مسائل هذا الباب الى هنا فان مسائل كثيرة من الابواب السابقة مختصة أيضا بالنوع لا عامة الجنس ألا يرى ان مسائل باب الاجارة الفاسدة مختصة بالنوع الفاسد من جنس الاجارة وكذا مسائل باب الاجارة على أحد الشرطين مختصة بالنوع الذي ذكر فيه الشرطان الى غير ذلك من المسائل الاخرى المتقدمة وانما يقتضي هذا الوجه تأخير مسائل هذا الباب عما ذكر في أوائل كتاب الاجارة من الاحكام العامة لجنس الاجارة دون غيرها من الاحكام الكثيرة المتنوعة الواقعة في البين فلا يتم التقريب وأما ما أورده على الوجه الذي ذكره صاحب النهاية ومن يحدو ذهنه من النظر فقد قصد

(ولو احتج الى الإيجاب الاجر بمجرد التخلية) بأن يسلم العين المستأجرة ولم ينتفع به حتى يعلم المنفعة (يجب أقل الاجرين للتيقن به)

باب اجارة العبد

تأخير ذكر اجارة العبد عن اجارة الحر لا يحتاج الى بيان لظهور وجهه بالخطاط درجته

باب اجارة العبد

(قوله تأخير ذكر اجارة العبد) أقول أي نفسه واجارة الغصير اياه ذكره استطرادا وقد يقدم في الذكر ما يذكر استطرادا كما سبق في باب العشر والخارج فعلى هذا الاجارة مضاف الى الفاعل

(ومن استأجر عبد الخدمه فليس له أن يسافر به إلا أن يشترط ذلك لأن خدمة السيفر تشمل على زيادة مشقة) لا محالة (فلا ينتظمها الاطلاق) واعترض بأن المستأجر في ملكه منافعه كاللوى وللوى أن يسافر بعبده فكذلك المستأجر واجب بأن المولى انما يسافر بعبده لانه يملك رقبته والمستأجر ليس كذلك (٣١٤) ونقض عن ادعى دارا وصالحه المدعى عليه على خدمة عبده سنة فان للمدعى أن

يخرج بالعبد الى السفر وان لم يملك رقبته وأجيب بأن مؤنة الرد في باب الاجارة على الاستأجر بعد انتهاء العقد

قال (ومن استأجر عبد الخدمه فليس له أن يسافر به إلا أن يشترط ذلك) لان خدمة السفر اشتملت على زيادة مشقة فلا ينتظمها الاطلاق

بعض الفضلاء مدفعه حيث قال في تفسير اجارة العبد أى نفسه وقال واجارة الغير اياه كرت استطرادا وقد يقدم في الذكرا ما يدكر استطرادا كما سبق في باب العشر والخراج فعلى هذا الاجارة مضاف الى الفاعل الى هنا كلامه (أقول) فيه خلل أما أولا فلا لأن الاجارة في اللغة اسم للاجرة وهى كراء الاجير صرح به في المغرب وعامة كتب اللغة ولم يسمع بحى هذه الكلمة مصدرا قط وانما المصدر من الثلاثى الاجر ومن المزيد عليه الياججار والمؤاجرة فلم يتصور أن يكون للاجارة فاعل ومفعول فلم يصح القول بأن الاجارة ههنا مضاف الى الفاعل وان المعنى اجارة العبد نفسه وأما ثانيا فلا لأن المذكور في هذا الباب خمس مسائل تتناول منها متعلقان بياججار العبد نفسه وثلاث منها متعلقات بياججار الغير اياه فعمل عنوان الباب على أقل ما ذكر في الباب وجعل أكثر ما ذكر فيه استطراديا كما يقتضيه قوله واجارة الغير اياه كرت استطرادا مما لا يتقبح له فطرة سليمة * ثم أقول في دفع ما أورده صاحب العناية من النظر ان الخطاط درجة العبد عن الحر كما يظهر له أثر فيما اذا وجد من العبد تصرف في عقد الاجارة كذلك يظهر له أثر فيما اذا لم يوجد منه تصرف في ذلك ولكن كان هو محل التصرف وموقع عقد الاجارة اذ لا شك ان في كل من تلك الصور بين حكم خاص يتعلق بالعبد كما يفصح عنه قوله في الوجه الذى اختاره وبالرفيق مسائل خاصة تتعلق بهذا كرهاني باب على حدة ولا ريب ان اختصاص مثل ذلك الحكم بالعبد ليس لارتفاع درجته عن الحر بل انما هو لاخطاط درجته عن الحر فكان قول صاحب النهاية ومن تبعه آخر الاحكام التى تتعلق بالعبد عن أحكام الحر لاخطاط درجة العبد عن الحر وجها جاريا في صورتين معاشا للاسائل المذكورة في هذا الباب بأسرها فلم يتم قول صاحب الغاية ولكن لو كان مراد المصنف هذا لم يبدأ أول الباب باستئجار العبد الخ انما دأبه على أن لا يجري الوجه المزبور في الصورة الثانية كما ينادى عليه تعليقه ثم ان اضافة الاجارة الى العبد في عنوان الباب ليس من قبيل الاضافة الى الفاعل ولا من قبيل الاضافة الى المفعول لما عرفت بل من قبيل الاضافة لادنى الملازمة فتشمل ما كان العبد متصرفا في نفس عقد الاجارة كما في بعض مسائل هذا الباب وما كان العبد محل التصرف وموقع عقد الاجارة كما في البعض الآخر من مسائل هذا الباب ومن هذا البعض المسئلة المتبادر بها أول الباب فلا محذور ولا استطراد في شئ تأمل ترشد (قوله) ومن استأجر عبد الخدمه فليس له أن يسافر به إلا أن يشترط ذلك لان خدمة السفر اشتملت على زيادة مشقة فلا ينتظمها الاطلاق) فان قيل ان المستأجر في ملك منافعه ينزل منزله المولى في منافع عبده وللوى أن يسافر بعبده فلماذا لا يكون للمستأجر أن يسافر بأجيره فلما انما يسافر المولى بعبده لانه يملك رقبته والمستأجر لا يملك رقبته أجيره كذا في الكافي وطامة الشروح ونقض هذا الجواب عن ادعى دارا وصالحه المدعى عليه على خدمة عبده سنة فان للمدعى أن يخرج بالعبد الى السفر وان لم يملك رقبته وأجيب بأن مؤنة الرد في باب الاجارة على الاستأجر بعد انتهاء العقد

(قوله واعترض بأن (المستأجر) أقول معارضته (قوله) وأجيب بأن مؤنة الرد في باب الاجارة على (الاجر الخ) أقول في الفصل الحادى عشر من المحيط البرهانى واذا استأجر عبدا بالكوفة ليستخدمة ولم يعين مكانا للخدمة كانه أن يستخدمه بالكوفة وليس له أن يستخدمه خارج الكوفة فان سافر به ضمن هكذا ذكر محمد المسئلة في اجارات الاصل وذكر في صلح الاصل ان من ادعى دارا وصالحه المدعى عليه على خدمة عبده سنة انه أن يخرج بالعبد الى أهله قال الشيخ الامام الاجل شمس الأئمة الحساوانى في شرح كتاب الصلح لم يرد به قوله بخروج بالعبد الى أهله أن يسافر به وانما أراد به أن يخرج الى أهله في القرى وأقنية البلد قال وهذا كما قلنا في باب الاجارة من استأجر

عبد الخدمه ليس له أن يسافر به قوله أن يخرج الى أهله وأقنية البلد وكان الشيخ الامام شمس الأئمة السرخسى يفرق بين لان مسئلة الاجارة ومسئلة الصلح وكان يقول في مسئلة الصلح لصاحب الخدمة أن يسافر بالعبد المستأجر للخدمة وحكى عن الفقيه أبى اسحق الحافظ أنه كان يقول لاروايه عن محمد في فصل الاجارة فلما قل أن يقول للمستأجر أن يخرج بالعبد عن المصر كما في الصلح ولما قل أن يفرق بينهما وقد عثرنا على الرواية في الاجارة في اجارات الاصل على نحو ما كتبنا انتهى فعلم من ذلك امكان المنع في مسئلة الصلح فتأمل

لان المنفعة في النقل كانت له من حيث انه تقرر حقه في الاجر فالمستأجر اذا سافر بعبد يلزم المؤجر مالم يلزمه من مؤنة الرد ورجاء بوجوب
على الاجرة وأما في الصلح فؤنة الرد ليست على المدعي عليه فالمدعي بالخارج الى السفر يلزم مؤنة الرد وله ذلك وهذا كما ترى انقطاع لان
العمل احتاج الى أن يضم الى علمه وهو قوله والمستأجر لا يملك رقبته قيداً وهو أن يقول ويلزمه مؤنة الرد ولعل الصواب أن يقال
لانسلم أن المستأجر في منافع العبد كالولي فان المولى له المنفعة على (٣١٥) الاطلاق زماناً ومكاناً ونوعاً وليس

المستأجر كذلك بل يملكها
بعقد ضروري يتقيد
بزمان ومكان فيجوز أن
يتقيد بمالم يتقيد به المولى
والعرف بوجبه أو دفع
ضرر مؤنة الرد على
ما ذكرنا بوجبه (ولهذا
جعل السفر عذراً) يعني اذا
استأجر غلاماً لخدمته في
المصر ثم أراد المستأجر
السفر فهو عذر في فسخ
الاجارة لانه لا يتمكن من
المسافرة بالعبد ما ذكرنا
ولو منع من السفر تضرر
فكان عذراً فيفسخ به
الاجارة (قوله فلا بد من
اشتراطه) متعلق بقوله
فلا ينظمها الاطلاق
(ولان التفاوت بين
الخدمتين ظاهر) فصار
كالاختلاف باختلاف
الستعملين (فاذا عينت
الخدمة في الخضر عرفاً
لا يبقى غيرها خلافاً كما في
الركوب) فانه اذا استأجر
دابة ليركب بنفسه ليس له
أن يركب غيره للتفاوت بين
ركوب الراكبين فكذلك
ههنا

ولهذا جعل السفر عذراً فلا بد من اشتراطه كاسكان الحداد والقصار في الدار ولان التفاوت بين الخدمتين
ظاهر فاذا عينت الخدمة في الخضر لا يبقى غيره خلافاً كما في الركوب

لان المنفعة في النقل كانت له من حيث انه يقرر حقه في الاجر فالمستأجر اذا سافر بالعبد فهو يلزم
المؤجر مالم يلزمه من مؤنة الرد ورجاء بوجوب على الاجرة وأما في الصلح فؤنة الرد ليست على المدعي عليه
فالمدعي بالخارج الى السفر يلزم مؤنة الرد له ذلك كذا في العناية أخذنا من النهاية (أقول) لقائل
أن يقول يلزم من هذا الجواب أن يقدّر المستأجر أن يسافر بالعبد اذا التزم مؤنة الرد وان لم يرض
به المؤجر لان حاصل هذا الجواب انه ان سافر المستأجر بالعبد في باب الاجارة يترب الضرر على المؤجر
بالزامه اياه مالم يلزمه من مؤنة الرد ولا يخفى ان ذلك الضرر يندفع بالتزام المستأجر تلك المؤنة
مع ان الظاهر من عبارات الكتب عدم جواز المسافرة به مطلقاً ما لم يشترط ذلك فنامل وطعن
صاحب العناية في الجواب المزبور بوجبه آخر حيث قال وهذا كما ترى انقطاع لان العمل احتاج الى أن
يضم الى علمه وهي قوله والمستأجر لا يملك رقبته قيداً وهو أن يقول ويلزمه مؤنة الرد ثم قال ولعل
الصواب أن يقال لانسلم ان المستأجر في منافع العبد كالولي فان المولى له المنفعة على الاطلاق
زماناً ومكاناً ونوعاً وليس المستأجر كذلك بل يملكها بعقد ضروري يتقيد بمكان وزمان فيجوز أن
يتقيد بمالم يتقيد به المولى والعرف بوجبه أو دفع ضرر المؤنة على ما ذكرنا بوجبه انتهى كلامه
(أقول) فيما استصوبه نظر لانه ينتقض بمسألة الصلح اذ لا شك ان المصالح أيضاً ليعمل منافع العبد
على الاطلاق كالولي بل هو أيضاً ان يملكها بعقد ضروري هو عقد الصلح مع ان له أن يسافر بالعبد
بخلاف المستأجر فيحتاج الى الفرق (قوله ولان التفاوت بين الخدمتين ظاهر) فاذا عينت الخدمة في
الخضر لا يبقى غيره خلافاً كما في الركوب) قال بعض الفضلاء الفرق بين الدليلين غير واضح ظاهراً
انتهى (أقول) الفرق بينهما ان مدار الاول على ان خدمة السفر مما لا يدخل في اطلاق العقد راساً
بناء على انصرف مطلق العقد الى المتعارف الذي هو الخدمة في الخضر ومدار الثاني على ان كل
واحدة من خدمتي السفر والخضر وان كانتا داخلتين تحت اطلاق العقد الا ان الخدمة في الخضر
تعينت بقريئة حال خضر العاقد ومكان العقد فتعينها لا يبقى المحال للآخرى كما في الركوب فانه اذا
أطلق الركوب ثم ركب بنفسه أو أركب غيره يتعين هو فيه ذلك ليس له أن يغير من ركبته أو لا تعينه
للكوب فكذلك ههنا ويرشد الى ما قررنا من الفرق بين الدليلين المذكورين في الكتاب عبارة المبسوط
والخبرية في تعليل هذه المسألة على ما ذكره صاحب النهاية حيث قال لان مطلق العقد ينصرف الى
المتعارف ولان الظاهر من حال صاحب العبد أنه يريد الاستخدام في مكان العقد حتى لا يلزمه مؤنة الرد
ورجاء بوجوب ذلك على الآخر فتعين موضع العقد مكاناً لا يستيفاه بدلالة الحال كذا في المبسوط والخبرية

(قوله لان المنفعة في النقل

كانت له) أقول يعني كانت للاجير (قوله وأما في الصلح فؤنة الرد ليست على المدعي عليه) أقول الصلح يجب حمله على أقرب العقود اليه
وأشبهها لما أنه ليس عقد أبرأه فهذا الصلح محمول على الاجارة فلا بد أن تكون مؤنة الرد على المدعي عليه والا فلا فرق والجواب أن
الفرق واضح فان المدعي عليه زعم أنه يملك الخدمة بغير شيء والتفصيل في النهاية (قوله ويلزمه) أقول أي يلزم الاتجر (قوله وليس
المستأجر كذلك) أقول والمصالح أيضاً ليس كذلك (قوله ولان التفاوت بين الخدمتين ظاهر) أقول الفرق بين الدليلين غير واضح ظاهراً

(ومن استأجر عبد المحجور عليه شهر) فاعطاه الاجر فليس للمستأجر ان يسترد منه الاجر استحسانا وفي القياس له ذلك لانه يقتضى أن لا تصح الاجارة لانعدام اذن المولى وقيام الحجر (فيصير المستأجر غاصبا بالاستعمال ولا أجر على الغاصب) فصار كما اذا هلك العبد) فانه يجب للمولى قيمته دون الاجر لانه ضامن بالنصب والاجر والضمان لا يجتمعان (وجه الاستحسان أن التصرف نافع على اعتبار الفراغ سالما صار على اعتبار الهلاك بالاستعمال والنافع مأذون فيه كقبول الهبة واذا جاز الدفع لم يكن له أن يسترد منه) قال (ومن غصب عبدا فآجر العبد نفسه الخ) ومن غصب عبدا فآجر العبد نفسه فأخذ الغاصب الاجرا كله لم يضمن عند أبي حنيفة وقالاهو ضامن لانه كل مال المالك بغير اذنه اذا اجارة قد صحت (٢١٦) على ما مر من وجه الاستحسان أن التصرف نافع والمحجور مأذون في المنافع ولا يبي حنيفة

أن الضمان انما يجب باتلاف مال محرزلان تقوم بالاحراز وهذا المال غير محرز في حق الغاصب اذ العبد لا يحجز نفسه عنه فكيف يحجز ما في يده وهذا لان الاحراز انما يكون بيد المالك أو يد نائبه ويد الغاصب ليست بهما ويد العبد كذلك لانه في يد الغاصب فان قبل الغاصب اذا استملك ولد المغصوبة ضمنه ولا احراز فيه أجيب بأنه تابع للام لكونه جزءا منها وهي محرزة بخلاف الاجر فانه حصل من المنافع وهي غير محرزة (وان وجد المولى الاجر قائما بعينه أخذه لانه وجد عين ماله ويجوز قبض العبد الاجر في قولهم جميعا لانه مأذون له في التصرف على اعتبار الفراغ على ما مر) من قوله والنافع مأذون فيه كقبول الهبة واذا كان مأذونا له وهو العاقد رجع الحقوق اليه فكان له القبض

(ومن استأجر عبد المحجور عليه شهر أو اعطاه الاجر فليس للمستأجر أن يأخذ منه الاجر) وأصله أن الاجارة صحيحة استحسانا اذا فرغ من العمل والقياس أن لا يجوز لانعدام اذن المولى وقيام الحجر فصار كما اذا هلك العبد وجه الاستحسان أن التصرف نافع على اعتبار الفراغ سالما صار على اعتبار الهلاك العبد والنافع مأذون فيه كقبول الهبة واذا جاز ذلك لم يكن للمستأجر أن يأخذ منه (ومن غصب عبدا فآجر العبد نفسه فأخذ الغاصب الاجرا كله فلا ضمان عليه عند أبي حنيفة وقالاهو ضامن) لانه كل مال المالك بغير اذنه اذا اجارة قد صحت على ما مر وله أن الضمان انما يجب باتلاف مال محرزلان تقوم به وهذا غير محرز في حق الغاصب لان العبد لا يحجز نفسه عنه فكيف يحجز ما في يده (وان وجد المولى الاجر قائما بعينه أخذه) لانه وجد عين ماله (ويجوز قبض العبد الاجر في قولهم جميعا) لانه مأذون له في التصرف على اعتبار الفراغ على ما مر (ومن استأجر عبدا هذين الشهرين شهر اباربعة وشهرا بخمسة فهو جائز والاول منهما اباربعة) لان الشهر المذكور أو لا ينصرف الى ما يلى العقد تحري بالجواز وتظهر الى تحجز الحاجة

انتمى (قوله ومن استأجر عبدا محجورا عليه شهر أو اعطاه الاجر فليس للمستأجر أن يأخذ منه الاجر) قال صاحب الكافي في تقريره هذه المسئلة ومن استأجر عبدا محجورا عليه شهر افعمل فاعطاه الاجر فقد زاد على ما ذكره المصنف قوله فعمل واقتنى أثره صاحب العناية (أقول) فيه شئ وهوان وضع هذه المسئلة فيما اذا استأجر عبدا محجورا عليه شهرا كما ترى فقد ذكر فيه المدة وهي الشهر وقد تقرر عندهم وعرفت فيما مر غير مرة أن الاجير يصير بذكرا او وقت اجيرا خاصا وقد مر في باب ضمان الاجير أن الاجير الخاص هو الذي يستحق الاجر بتسليم نفسه في المدة وان لم يعمل كمن استؤجر شهرا لخدمة أو لرى الغنم فامعنى اعتبار العمل في هذه المسئلة بعدد كرام المدة فعمل لا بد من تسليم العبد نفسه حتى يستحق الاجر فلا يجوز للمستأجر أن يأخذ منه ما أعطاه اياه من الاجر لانه لم يذكرك هذا القيد صراحة في وضع المسئلة اعتمادا على ظهور كونه مرادافا فان قلت من زاد قبله فعمل أراد بالعمل تسليم النفس قلت لا يرى له وجه صحيح اذ الاتحاد بينهما والاستلزام فان العمل بوجوده دون تسليم النفس في الاجير المشترك مطلقا وتسليم النفس بوجوده دون العمل في الاجير الخاص الذي سلم نفسه ولم يعمل فواجه ذكر العمل وارادة تسليم النفس والانصاف أن تركه أولى من ذكره كما صنع المصنف (قوله لان الشهر المذكور أو لا ينصرف الى ما يلى العقد تحري بالجواز وتظهر الى تحجز الحاجة) قال تاج الشريعة فان قلت

وقائده تظهر في حق خروج المستأجر عن عهدة الاجرة فانه يحصل بالاداء اليه ووضع المسئلة فيما اذا آجر العبد المغصوب هذا نفسه فان آجره الغاصب كان الاجر له للمالك ولا ضمان عليه بالاتفاق وان آجره المولى فليس للعبد أن يقبض الاجرة الا بوكالة المولى لانه العاقد (ومن استأجر عبدا هذين الشهرين شهر اباربعة وشهرا بخمسة فهو جائز والاول منهما اباربعة لانه المذكور أو لا ولا المذكور أو لا ينصرف الى ما يلى العقد تحري بالجواز) وذلك لانه لما قال شهر اباربعة على سبيل التذكير كان مجعولا والاجارة تفسد بالجهالة فصرقناه الى ما يلى العقد تحري بالجواز قال استأجرت مثل هذا العبد شهرا وسكت فانه ينصرف الى ما يلى العقد (أو نظر الى تحجز الحاجة) (قوله أجيب بأنه تابع للام لكونه جزءا منها وهي محرزة) أقول لا يقال هذا بخلاف لما قاله الا ن من أن العبد لا يحجز نفسه لان عدم احرازه لنفسه لا ينافي كونه محرزا في حق المالك

فإن الإنسان إنما يستأجر الشيء لحاجة تدعو إلى ذلك والظاهر وقوعها عند العقد وإذا انصرف الأول إلى ما يلي العقد والثاني معطوف عليه ينصرف إلى ما يلي الأول ضرورة قيل مبنى هذا الكلام على أنه ذكر منكر الجوهل والمذكور في الكتاب ليس كذلك وأجيب بأن المذكور في الكتاب قول المستأجر واللام فيه للعهد لما كان في كلام المؤجر من المنكر فكان المؤجر قال آجرت عبدى هذا شهرين شهرين بأربعة وشهرا بخمسة فقال المستأجر استأجرت هذين الشهرين شهرين بأربعة وشهرا بخمسة (قوله ومن استأجر عبدا شهرين بأربعة وشهرا بخمسة فمترجح بحكم الحال فإنه استشكل بأن الحال تصلح للدفع دون الاستحقاق ثم لو جاء المستأجر بالعبد وهو صحيح فالقول للمؤجر ويستحق الاجر فكانت موجبة للاستحقاق وليس بناءً على (٢١٧) لأن المصنف أشار إلى دفعه بقوله

وهو يصلح مرجمان لم يصلح
حجة في نفسه وبيانه أن
الموجب للاستحقاق هو
العقد مع تسليم العبد إليه
في المدة ولكن تعارض
كلامهما في اعتراف
ما يوجب السقوط فجعل
الحال مرجمان لكلام المؤجر
لاموجب للاستحقاق فهي
في الحقيقة دافعة
للاستحقاق السقوط بعد
النبوت لاموجبة والله أعلم

(قوله قيل مبنى هذا
الكلام على أنه ذكر
منكر الخ) أقول فيه
بحث فإن المصنف إنما
يستدل بتشكيك شهر الابتسكير
شهرين فلامسا من لهذا
السؤال ظاهرا ويجوز أن
يقال قوله شهرا وشهرا
تفصيل للشهرين بلفظ
التشكيك فاتحداهما هذا
الاعتبار لكن لا يخفى عليك
أنه لو ذكر المستأجر لفظ معرفا
كافي الكتاب فجواب الكتاب
أيضا ما ذكر (قوله وأجيب

فينصرف الثاني إلى ما يلي الأول ضرورة (ومن استأجر عبدا شهرين بأربعة وشهرا بخمسة فمترجح بحكم الحال فإنه استشكل بأن الحال تصلح للدفع دون الاستحقاق ثم لو جاء المستأجر بالعبد وهو صحيح فالقول للمؤجر ويستحق الاجر فكانت موجبة للاستحقاق وليس بناءً على (٢١٧) لأن المصنف أشار إلى دفعه بقوله
وهو يصلح مرجمان لم يصلح
حجة في نفسه وبيانه أن
الموجب للاستحقاق هو
العقد مع تسليم العبد إليه
في المدة ولكن تعارض
كلامهما في اعتراف
ما يوجب السقوط فجعل
الحال مرجمان لكلام المؤجر
لاموجب للاستحقاق فهي
في الحقيقة دافعة
للاستحقاق السقوط بعد
النبوت لاموجبة والله أعلم

هذا التعليل إنما يستقيم إذا تذكر الشهر وهما عرف بقوله هذين قلت رأيت في المبسوط والجامع الصغير
للعنابي وغيرهما عدم التعرض لقوله هذين بل في كل واحد منها استأجر عبدا شهرين شهرين بأربعة وشهرا
بخمسة ويحتمل أن يحمل قوله هذين على ما إذا قال المؤجر آجرت منك هذا العبد شهرين شهرين بأربعة
وشهرا بخمسة فقال المستأجر استأجرت منك هذا العبد هذين الشهرين فينصرف قوله هذين الشهرين
إلى الشهرين المنكرين اللذين دخلا تحت إيجاب المؤجر فينتفي التشكيك فصلح التعليل بتعبر الحاجة
لأثبات التعيين إلى هنا كلامه واقفني أنه صاصب الكفاية في نسج هذا المقام على هذا المنوال ولكن
بنوع تغيير يري في أوائل المقال وقال صاحب العناية قيل مبنى هذا الكلام على أنه ذكر منكر الجوهل
والمذكور في الكتاب ليس كذلك وأجيب بأن المذكور في الكتاب قول المستأجر واللام فيه للعهد لما
كان في كلام المؤجر من المنكر فكان المؤجر قال آجرت عبدى هذا شهرين شهرين بأربعة وشهرا بخمسة
فقال المستأجر استأجرت هذين الشهرين شهرين بأربعة وشهرا بخمسة انتهى كلامه (أقول) لا الشبهة
شي ولا الجواب أما الشبهة فلان التعليل المزبور يستقيم ويتم بتشكيك شهرين شهرين بأربعة وشهرا بخمسة
ولا يتوقف على تشكيك شهرين إذ على تقدير تعريف الشهرين بصير المتعين مجموع الشهرين من حيث
هو مجموع وهذا لا يقتضى أن يتعين الأول منهما بأربعة والثاني بخمسة لاحتمال أن يكون الأمر
بالعكس بناء على تشكيك كل واحد منهما وإيهامه فاحتج إلى الاستدلال على كون الأول منهما بأربعة
والثاني بخمسة دون العكس بالتعليل الذي ذكره المصنف فلا غبار عليه أصلا وأما الجواب فلأنه لو كان
المذكور في الكتاب قول المستأجر لما صح تشكيك عبدا في قوله ومن استأجر عبدا هذين الشهرين بل كان
هو أحق بالتعريف من الشهرين لأن بذلك يعلم أن الذي استأجره هو العبد الذي آجره المؤجر منه
على أن كون اللام في قول المستأجر للعهد إنما ينصور فيما إذا كان كلام المؤجر مقبلا على كلام
المستأجر في العقد وليس ذلك بالآزم فإن أيا من المتعاقدين تكلم أولا بصير كلامه إيجابا فإذا قبل الآخر
الزم العقد فحمل المذكور في الكتاب على قول المستأجر لا يقتضى تعريف الشهرين في هذه المسئلة

(٢٨ - تكلمه سابع) بأن المذكور أقول المجيب هو الامام جليل الدين الضرير في حواشيه على الهداية ثم
قال مولانا ظهير الدين وقد رأيت كثير من الكتب نحو المبسوط والجامع الصغير للعنابي والاسي جابي والمعينة في الفقه أنه لم يتعرض
لقوله هذين بل فيه إذا استأجر عبدا شهرين بأربعة وشهرا بخمسة فقال مولانا تأملت فلم أجده مخصصا سوى هذا انتهى ويقول الضعيف
مستعينا بالله يجوز أن يكون وضع المسئلة فيما إذا ذكر المستأجر لفظ الشهرين بالتشكيك وإنما ذكر المصنف معرنا نظر إلى تعيينه المسمى
حيث ينصرف إلى ما يلي العقد فلا يكون قوله هذين الشهرين من كلام المستأجر بل هو لفظ المصنف فليتأمل

باب الاختلاف في الاجارة

قال (واذا اختلف الخياط ورب الثوب فقال رب الثوب أمرتك أن تعمله قباه وقال الخياط بل قبصا أو قال صاحب الثوب للصباغ أمرتك أن تصبغه أحمر صبغته أصفر وقال الصباغ لا بل أمرتني أصفر فالقول لصاحب الثوب) لان الاذن يستفاد من جهته لا ترى أنه لو أنكر أصل الاذن كان القول قوله فكذا اذا أنكر صفته لكن يحلف لانه أنكر شيئا أو أقرب له لزمه قال (واذا حلف فالخياط ضامن) ومعناه ما مر من قبل أنه بالخيار ان شاء ضمنه

على الاطلاق فيلزم تخصيص مسألة الكتاب ببعض الصور ولا يخفى ما فيه * ثم أقول لعل المصنف انما عرف الشهرين في تقرير هذه المسئلة مخالفا لما وقع في عامة الكتب من تنكير ذلك اشعارا بان جواب هذه المسئلة لا يتغير بتعريف لفظ الشهرين بل تنكير ذلك وتعريفه بيان عند تنكير شهر في شهرا بأربعة وشهرا بخمسة لما بينا في رد الشبهة آنفا وقال بعض الفضلاء يجوز أن يكون وضع المسئلة فيما اذا ذكر المستأجر لفظ الشهرين بالنكير وانما ذكر المصنف معر فأنظر الى تعينه المألى حيث ينصرف الى ما يلي العقد فلا يكون قوله هذين الشهرين من كلام المستأجر بل هو لفظ المصنف انتهى (أقول) ليس هذا بشئ أيضا اذا لا يذهب عليه أن قوله شهرا بأربعة وشهرا بخمسة من كلام المستأجر وأنه تفصيل للشهرين فالويل يمكن قوله هذين الشهرين من كلام المستأجر بل كان من لفظ المصنف لزم أن يكون المجمل لفظ المصنف والمفصل لفظ المستأجر وهذا مما لا يرتضيه العاقل * ثم أقول بقي ههنا كلام وهو أن الظاهر أن جواب هذه المسئلة غير مختص بصورة أن يكون الاجير عبدا بل هو متمش في صورة أن كان حرا أيضا لعين الدليل المذكور في الكتاب فوجه ذلك هذه المسئلة في باب اجارة العبد غير واضح فان المناسب أن يذكر فيه ماله اختصاصا بالعبد من الاحكام والا فكثير من الاحكام المذكورة في الابواب السابقة مشترك بين الحر والعبد ولا يقال ان كون الاجير عبدا أكثر من كونه حرا فبقي الامر على الأكثر اذا ناسم ان ذلك أكثر بل الظاهر أن كون الاجير حرا أكثر لاستقلاله وكثرة احتياجه الى الاجرة لتفاسد نفسه وعياله وأيضا لو كان بنا الامر على ذلك لذكر مسائل الاجير أيضا في هذا الباب والله الموفق للصواب

باب الاختلاف في الاجارة

لما فرغ من بيان أحكام اتفاق المتعاقدين وهو الاصل ذكر في هذا الباب أحكام اختلافهما وهو الفرع اذا اختلف انما يكون بعارض (قوله واذا حلف فالخياط ضامن ومعناه ما مر من قبل أنه بالخيار) يعني به ما مر قبل باب الاجارة الفاسدة في مسألة ومن دفع الى خياط ثوبا بالخيطه قبصا بدريهم فخطاه قبصا كذا في الشروح واعترض بأن المتعاقدين كانا هناك متفقين على أن المأمور به خياطة القمص والاجير خاف فخطاه قبصا وههنا قد اختلفا في أصل المأمور به فعند اختلاف المسئلتين كيف يتحد الجواب وأجيب بأنه اختلفت صورتا المسئلتين ابتداء ولكن اتحدتا انتهاء لانه ذكر هذا الحكم هنا بعد حلف صاحب الثوب ولما حلف كان القول قوله فلم يبق لخلاف الاخر اعتبارا فكانتا في الحكم في الانتهاء سواء هذا خلاصة ما في النهاية والعناية وقد بعض الفضلاء أن يجب عن هذا الاعتراض المذكور بوجه آخر فقال ولك أن تقول اذا كان الحكم ذلك اذا اتفقا بطريق الاولى اذا اختلفا مع أن التشبيه غير القياس انتهى (أقول) ليس ذلك بسديد أما أولا فلا تنالهما اذا اتفقا على مخالفة المأمور به كان التعدي مقرررا عندهما فيجب الضمان قطعاً وأما اذا اختلفا في المخالفة فلا تعدي على زعم الاجير

باب الاختلاف في الاجارة

لما فرغ عن ذكر أحكام اتفاق المتعاقدين وهو الاصل ذكر أحكام اختلافهما وهو الفرع لان الاختلاف انما يكون لعارض قال (واذا اختلف الخياط ورب الثوب الخ) ان اختلف المتعاقدان في الاجارة في نوع الملع قدود عليه كالقباه والقبص في الخياطة أو الحجرة والصفرة فالقول قول من يستفاد منه الاذن وهو صاحب الثوب عند علمائنا راجعهم الله لانه لو أنكر أصل الاذن كان القول له فكذا اذا أنكر صفته لكن بعد اليمين لانه أنكر ما لو أقرب له لزمه فان حلف فهو بالخيار ان شاء ضمنه

باب الاختلاف في الاجارة

قال المصنف (لو أنكر أصل الاذن كان القول قوله) أقول في الشرح الشاهاني أي لو أنكر عقد الاجارة أصلا كان القول لصاحب الثوب انتهى وفيه بحث

وان شاء أخذه وأعطاه أجر مثله لا يجاوز به المسمى كما هو قبيل باب الاجارة الفاسدة في قوله ومن دفع الى خياط ثوبا لخطيطه فبصارهم فخططه فبها واعترض بأن هناك اتفاق المتعاقدان على المأمور به والاجير مخالف وههنا قد اختلفا في ذلك فكيف تكون هذه مثل تلك وأجيب بأنها مثلها انتفاء الانتفاء لانه ذكر هذا الحكم هنا بعد عين صاحب الثوب ولما خلف كان القول قوله فلم يسبق لخلاف الاسترخاء فبكاننا في الحكم في الانتفاء سواء ذكر في بعض نسخ القدرى ضمنه أي ضمن صاحب الثوب للصباغ قيمة زيادة الصبغ فالاولى أعني قوله لا يجاوز به المسمى ظاهر الرواية والثانية أعني قوله يضمنه ما زاد الصبغ فيه رواية ابن سماعة عن محمد وجه الظاهر وهو الاصح أن الصبغ آلة للعمل المستحق على الصباغ منزلة الخمر والصابون في عمل الغسال فلا يصير صاحب الثوب مشتركا للصباغ حتى تعتبر القيمة عند فساد السبب وجه رواية محمد أن الصباغ بمنزلة الغاصب والحكم في الغصب كذلك وان اختلفا في وجود الاجرة فقال صاحب الثوب علمته لي بغير أجر وقال الصانع بأجر فالقول (٢١٩) لصاحب الثوب عند أبي حنيفة

لانه ينكر تقوم عمله لان تقومه بالعقد وينكر الضمان والصانع يدعيه والقول قول المنكر وقال أبو يوسف ان كان الرجل حر يقاله أي خلطا له وذلك بأن تكررت تلك المعاملة بينهما بأجر فله الاجر والا فلا لان سبق ما بينهما بأجر بعين جهة الطلب بأجر برأى على معتادهما وقال محمدان كان الصانع معروفا بجهة الصنعة بالاجرة فالقول قوله لانه لما فتح الخافوت لاجله جرى ذلك مجرى التنصيص على الاجر اعتبار الظاهر والقياس ما قاله أبو حنيفة رضي الله عنه لانه منكر وما ذكره من الاستحسان مدفوع

وان شاء أخذه وأعطاه أجر مثله وكذا يجوز به المسمى وذكر في بعض النسخ يضمنه ما زاد الصبغ فيه لانه بمنزلة الغصب (وان قال صاحب الثوب علمته لي بغير أجر وقال الصانع بأجر فالقول قول صاحب الثوب) عند أبي حنيفة لانه ينكر تقوم عمله اذ هو يتقوم بالعقد وينكر الضمان والصانع يدعيه والقول قول المنكر (وقال أبو يوسف ان كان الرجل حر يقاله) أي خلطاه (فله الاجر والا فلا) لان سبق ما بينهما ما يعين جهة الطلب بأجر برأى على معتادهما (وقال محمدان كان الصانع معروفا بجهة الصنعة بالاجرة فالقول قوله) لانه لما فتح الخافوت لاجله جرى ذلك مجرى التنصيص على الاجر اعتبار الظاهر والقياس ما قاله أبو حنيفة لانه منكر والجواب عن استحسانهما أن الظاهر للدفع والحاجة ههنا الى الاستحقاق والله أعلم

باب فسخ الاجارة

ففي وجوب الضمان عليه نوع خفاء فكيف يصح أن يقال اذا كان الحكم ذلك أي الضمان اذا اتفقا فبالطريق الاولى اذا اختلفا وأما ثانيا فلان مورد الاعتراض هو قول المصنف ومعناه ما هو من قبل والمفهوم منه هو الاتحاد في الحكم لا التشبيه فإمعن قوله مع أن التشبيه غير القياس فههنا لا هو فله هنا (قوله والجواب عن استحسانهما أن الظاهر للدفع والحاجة ههنا الى الاستحقاق) يعني ان الحاجة ههنا الى الاستحقاق لا الى الدفع والظاهر انما يكون جهة الدفع دون الاستحقاق قال بعض الفضلاء فرق بين الظاهر والاستحسان فالاول يصلح للاستحقاق كإخبار الآحاد انتهى (أقول) المراد بالظاهر ههنا ظاهر الحال وكون مثل هذا الظاهر جهة للاستحقاق ممنوع وأما إخبار الآحاد فبمعزل عما نحن فيه فانهم من الأدلة اللفظية الظنية فوجب العمل دون العلم عند الجمهور على ما عرف في الأصول والله الموفق للصواب واليه المرجع والمآب

باب فسخ الاجارة

بأن الظاهر يصلح للدفع والحاجة ههنا للاستحقاق لا للدفع

باب فسخ الاجارة

تأخير هذا الباب عما قبله ظاهر المناسبة اذا فسخ بعقب العقد لا محالة

(قوله واعترض بأن هناك اتفاق المتعاقدان الخ) أقول ولك أن تقول اذا كان الحكم ذلك اذا اتفقا فبالطريق الاولى اذا اختلفا مع أن التشبيه غير القياس ودليل المستثنين ما سيجي في الغصب من رعاية حق الجانيين قال المصنف (وقال محمدان كان الصانع معروفا بالخ) أقول قال الزبلي والفتوى على قول محمد انتهى وما في النهاية والكفاية وغاية البيان قال شيخ الاسلام وعليه الفتوى وما في شرح الشاهان والفتوى على قول محمد انتهى ذكره جدي الشيخ الامام المحجوب سقى الله ثراه في شرح الجامع الصغير (قوله وما ذكره من الاستحسان مدفوع بأن الظاهر الخ) أقول فرق بين الظاهر والاستحسان فالاول يصلح للاستحقاق كإخبار الآحاد

باب فسخ الاجارة

قال (ومن استأجر داراً) ففسخ الاجارة لعيب يضر بالمنافع التي وقعت الاجارة لاجلها وكذا بالاعذار عندنا خلافاً للشافعي فاذا استأجر داراً (فوجد بها عيباً يضر بالسكنى فله الفسخ) وكذا اذا استأجر عبد الخدمة فذهبت كلتا عينيه وأما اذا كان عيباً لا يضر كحائط سقط لم يكن محتاجاً اليه في السكنى أو ذهبت إحدى عيني العبد فلا يفسخه (قوله لان المعقود عليه) دليل على ذلك ووجهه أن المعقود عليه هو المنافع وانها توجد شيئاً فشيئاً وكل ما كان كذلك فكل جزء منه غير له ابتداءً فكان العيب حاداً قبل القبض وذلك لوجوب الخيار كافي البيع وعلى هذا الفرق بين أن يكون العيب حاداً بعد قبض المستأجر أو قبله لان الذي حدث بعد قبض المستأجر كان قبل قبض المعقود عليه وهو المنافع ثم المستأجر اذا استوفى المنفعة فقد رضى بالعيب فيلزمه جميع البذل كافي البيع فان المشتري اذا رضى بالمبيع المعيب ليس له الرجوع بعد ذلك وكذا اذا أزال المؤجر ما به من العيب لاختيار المستأجر لزوال سببه (واذا خرب الدار وانقطع شرب الضيعة أو انقطع الماء عن الرعي انفسخت الاجارة) وهذا قول بعض (٢٢٠) أصحابنا وصح النقل هذا القائل بما ذكر في كتاب البيوع ولو سقطت

الدار كلها فله أن يخرج سواء كان صاحب الدار شاهداً أو غائباً بانه إشارة الى أن عقد الاجارة يفسخ بانهدام الدار لانه لو لم يفسخ العقد لشروط حضره صاحب الدار لانه رد بعيب وهو لا يصح الاجحزة المالك بالاجماع واستدل المصنف على ذلك بقوله (لان المعقود عليه قد فاته وهي المنافع المخصوصة قبل القبض فشابه فوات المبيع قبل القبض وموت العبد المستأجر ومن أصحابنا من قال ان العقد لا يفسخ (وصح النقل بما روى هشام عن محمد بن استأجر داراً فانهم قد فاته المؤجر ليس للمستأجر أن يمنع ولا للمؤجر وهذا تنصيص منه على أنه لم يفسخ لكنه يفسخ)

قال (ومن استأجر داراً فوجد بها عيباً يضر بالسكنى فله الفسخ) لان المعقود عليه المنافع وانها توجد شيئاً فشيئاً فكان هذا عيباً حاداً قبل القبض فيوجب الخيار كافي البيع ثم المستأجر اذا استوفى المنفعة فقد رضى بالعيب فيلزمه جميع البذل كافي البيع وان فعل المؤجر ما أزال به العيب فلا خيار للمستأجر لزوال سببه قال (واذا خرب الدار أو انقطع شرب الضيعة أو انقطع الماء عن الرعي انفسخت الاجارة) لان المعقود عليه قد فاته وهي المنافع المخصوصة قبل القبض فشابه فوات المبيع قبل القبض وموت العبد المستأجر ومن أصحابنا من قال ان العقد لا يفسخ لان المنافع قد فاته على وجه يتصور عودها فأنشبهه الا باق في البيع قبل القبض وعن محمد أن الأجر لو بطلها ليس للمستأجر أن يمنع ولا للأجر وهذا تنصيص منه على أنه لم يفسخ لكنه يفسخ (ولو انقطع ماء الرعي والبيت مما ينتفع به لغير الطعن فعليه من الأجر بحصته) لانه جزء من المعقود عليه قال (واذا مات أحد المتعاقدين وقد عقد الاجارة لنفسه انفسخت) لانه لو بقي العقد نصير المنفعة المملوكة به والاجر المملوكة لغير العاقد مستحقة بالعقد لانه ينتقل بالموت الى الوارث وذلك لا يجوز

ذكر باب الفسخ آخر الان فسخ العقد بعد وجود العقد لا محالة فماسب ذكره آخر (قوله واذا مات أحد المتعاقدين وقد عقد الاجارة لنفسه انفسخت) لانه لو بقي العقد نصير المنفعة المملوكة به والاجر المملوكة لغير العاقد مستحقة بالعقد لانه ينتقل بالموت الى الوارث وذلك لا يجوز قال في العناية لان الانتقال من المورث الى الوارث لا يتصور في المنفعة والاجر المملوكة لان عقد الاجارة يعقد ساعة فساعة على المنافع فلو قلنا بالانتقال كان ذلك قولاً لا يتقال ما لم يملك المورث الى الوارث انتهى كلامه (أقول) فيه بحث لانه قد مر في أول باب الأجر معنى يستحق أن الاجرة تملك بأحد معان ثلاثة إما بشرط التحجيل أو بالتحجيل من غير شرط أو باستيفاء المعقود عليه فلو قلنا بالانتقال في صورتين الأولى فيما اذا مات المؤجر لم يلزم القول بالانتقال ما لم يملك المورث لان المورث قد كان ملك الاجرة في حال حياته بالتحجيل الاجرة أو بشرط تحجيلها فالتعليل الذي ذكره صاحب العناية وان تم في حق المنفعة لم يتم في حق

واستدل على ذلك بأن المنافع فاته على وجه يتصور عودها فأنشبهه باق العبد المبيع (قوله ولو انقطع ماء الرعي والبيت مما ينتفع به لغير الطعن فعليه من الأجر بحصته لانه جزء من المعقود عليه) أو رده استشهاده على أنه لا يفسخ بانقطاع الماء قال (واذا مات أحد المتعاقدين وقد عقد الاجارة لنفسه انفسخت) لانه لو بقي العقد نصير المنفعة المملوكة به والاجر المملوكة لغير العاقد مستحقة بالعقد لانه ينتقل بالموت الى الوارث وذلك لا يجوز لان الانتقال من المورث الى الوارث لا يتصور في المنفعة والاجر المملوكة لان عقد الاجارة يعقد ساعة فساعة على المنافع فلو قلنا بالانتقال كان ذلك قولاً لا يتقال ما لم يملك المورث الى الوارث

(قوله لانه لو بقي العقد نصير المنفعة المملوكة به الخ) أقول قوله يتردد لاطائل تحته بل محل فان المنفعة ليست مملوكة للوارث بالعقد وهو ظاهر ولعله زيادة من الناسخ ويجوز أن يقال اللام متعلق بمسحقة لا بالمملوكة وقوله لانه ينتقل مبني على الفرض والتقدير والمعنى لو بقي العقد يلزم أن نصير المنفعة التي ملكها المستأجر بالعقد لقيام العقد وبقيته مستحقة لغير العاقد بالعقد ثم أقول المراد من غير العاقد في قولنا مستحقة لغير العاقد بالعقد واثبت المستأجر

وأما إذا عقد هالغيره كالوكيل والوصي والمتولي في الوقف (لم تنفسخ لانه دام ما أثرنا له) وهو - يردرة المنفعة لغير العاقد مستحقة بالعقد لانه ينتقل بالموت الى الوارث وذلك لا يجوز لان الانتقال من المورث الى الوارث لا يتصور في المنفعة والاجرة المملوكة فانه في الابتداء كان واقعا لغير العاقد وبقي بعد الموت كذلك ونفوض بما اذا استأجر دابة الى مكان معين فبات صاحب الدابة في وسط الطريق فان المستأجر أن يركب الدابة الى المكان المسمى بالاجر فقدمت أحد المتعاقدين وقد عقد لنفسه ولم ينفسخ العقد وأوجب بأن ذلك للضرورة فانه يخاف على نفسه وماله حيث لا يجد دابة أخرى في وسط المفازة ولا يكون غه قاض يرفع الامر اليه فيستأجر الدابة منه حتى قال بعض مشايخنا ان وجد غه دابة أخرى يحمل عليها امتاعه (٢٣١) تنتقض الاجارة وكذا الوصية في موضع فيه قاض تنتقض الاجارة لانه

قاض تنتقض الاجارة لانه لا ضرورة الى ابقاء الاجارة مع وجود ما ينافي بالبقاء وهو موت المؤجر واذا ثبتت الضرورة كان عدم الانفساخ بالاستحسان الضروري والمستحسن لا يردر نفضاء على القياس كظهير الحياض والاواني ونفوض بما اذا مات الموكل فانه تنفسخ الاجارة ولم يعقد لنفسه وليس بلازم فانا قد قلنا ان كلامات العاقد لنفسه انفسخ ولم يلتزم بأن كلما انفسخ يكون موت العاقد لان العكس غير لازم في مثله ووجه نقضه هو أن المعنى الذي انفسخ العقد لاجله اذا مات العاقد لنفسه وهو ضرورة المنفعة المملوكة أو الاجرة المملوكة لغير من عقده مستحقة بالعقد موجود فيه فالفسخ لاجله قال (وبصح شرط الخيار في الاجارة) اذا استأجر دارا سنة على انه أو المؤجر

(وان عقد هالغيره لم تنفسخ) مثل الوكيل والوصي والمتولي في الوقف لانه دام ما أثرنا اليه من المعنى قال (وبصح شرط الخيار في الاجارة) وقال الشافعي رحمه الله لا يصح لان المستأجر لا يمكنه رد المعقود عليه بكاله لو كان الخيار له لغوات بعضه ولو كان للمؤجر فلا يمكنه التسليم أيضا على الكال وكل ذلك يمنع الخيار ولنا أنه عقد معاملة لا يستحق القبض فيه في المجلس فجاز اشتراط الخيار فيه كالبيع والجامع بينهم دفع الحاجة وفوات بعض المعقود عليه في الاجارة لا يمنع الرد بخيار العيب فكذا بخيار الشرط

الاجرة والاظهر في تعليل هذه المسئلة أن يفصل فيستدل على انفساخ الاجارة بموت كل واحد من المؤجر والمستأجر بعلة مستقلة كما وقع في الكافي وكثير من الشروح سيما في النهاية نقلا عن المبسوط حيث قال فيها ولنا طريقان أحدهما في موت المؤجر فنقول المستحق بالعقد المنافع التي تحدث على ملك المؤجر وقد فأت ذلك بموته فتبطل الاجارة لغوات المعقود عليه لان رقبته الدار تنتقل الى الوارث والمنفعة تحدث على ملك صاحب الرقبة لما أن الاجارة تحدث في حق المعقود عليه بحسب ما يحدث من المنفعة وليس له ولاية الزام العدة في ملك الغير والطريق الآخر في موت المستأجر أنه لو بقي العقد بعد موته انما يفي على أن يخلفه الوارث والمنفعة المجردة لا تورث ألا ترى أن المستعير اذا مات لا يخلفه وارثه في المنفعة وقد بينا أن المستعير مالك للنفعة وهذا لان الوراثة خلافة ولا يتصور ذلك الا فيما يبق وقتين ليكون ملك المورث في الوقت الاول ويخلفه الوارث فيه في الوقت الثاني والمنفعة الموجودة في حياة المستأجر لا تبقى لتورث والتي تحدث بعدهم تكن مملوكة له بخلفه الوارث فيها فمالك لا يسبق الوجود واذا ثبت انتفاء الارث تعين بطلان العقد كعقد النكاح يرتفع بموت الزوج لان وارثه لا يخلفه فيه كذا في المبسوط الى هنا لفظ النهاية (قوله وقال الشافعي لا يصح لان المستأجر لا يمكنه رد المعقود عليه بكاله لو كان الخيار له لغوات بعضه ولو كان للمؤجر فلا يمكنه التسليم أيضا على الكال وكل ذلك يمنع الخيار) أقول في هذا الدليل للشافعي شيء وهو انه قد تقرر عندهم أن الاجارة على نوعين نوع يرد العقد فيه على العمل كاستئجار رجل على صبيغ ثوب أو خياطته ونوع يرد العقد فيه على المنفعة كاستئجار دار للسكنى وأرض للزراعة والدليل المزبور لا يتشبه في النوع الاول أصلا لان عدم امكان رد المعقود عليه بكاله وعدم امكان تسليمه أيضا على الكال انما ينشأ من أن يتلف شيء من المعقود عليه بمضي مدة الخيار كإتبه عليه في الكافي والشروح وفي العقد على العمل لا يتلف شيء من المعقود عليه قبل العمل قطعاً وكذا لا يتشبه في بعض من النوع الثاني وهو ما لا يتعين المعقود عليه فيه بالمدة بل يتعين بالتسمية كاستئجار دابة ليحمل عليها مقدار معلوماً أو

فيها بالخيار ثلاثة أيام فهو جائز عندنا (وفي أحد قول الشافعي لا يجوز لان الخيار ان كان للمستأجر لا يمكنه رد المعقود عليه بكاله لغوات بعضه وان كان للمؤجر فلا يمكنه تسليمه على الكال لذلك وكل ذلك يمنع الخيار) وهذا بناء على أصله ان المنافع جعلت في الاجارة كالأعيان القائمة وفوات بعض العين في البيع يمنع الفسخ فكذا ههنا (ولنا أنه عقد معاملة لا يستحق القبض فيه في المجلس وكل ما هو كذلك جاز اشتراط الخيار فيه والجامع دفع الحاجة) فانه لما كان عقد معاملة يحتاج الى التروى لئلا يقع فيه الغبن (وفوات بعض المعقود عليه فيه لا يمنع الرد بخيار العيب) كما تقدم (فكذا بخيار الشرط) قوله عقد معاملة احتراز عن النكاح وقوله لا يستحق القبض فيه في المجلس احتراز عن الصرف فان الخيار فيه ما لا يصح

وقوله (بخلاف البيع) متعلق بقوله وفوات بعض العقود عليه (وانما كان فواته في الاجارة لا يمنع الرد في البيع يمنع لان رد الكل في البيع يمكن دون الاجارة فيشترط فيه دونها) لان التكليف انما يكون بحسب الوسع (ولهذا) أي ولان رد الكل يمكن في البيع دون الاجارة (يجبر المستأجر على القبض اذا سلم المؤجر بعد مضي بعض المدة) لان التسليم بكماله غير ممكن وهذا عندنا خلافا للشافعي قال في المبسوط اذا استأجر دارا سنة فلم يسلمها اليه حتى مضى شهر وقد طلب التسليم أو لم يطلب ثم تجا كالميسر للمستأجر أن يمنع من القبض في بقية السنة عندنا ولا للمؤجر أن يمنع (٢٣٢) عن ذلك وقال الشافعي رحمه الله للمستأجر أن يفسخ العقد فيما بقي بناء على الاصل الذي

بين ان المنافع عنده في حكم الاعيان القائمة فاذا فات بعض ما تناوله العقد قبل القبض يجبر فيما بقي لان اتحاد الصفة وقد تفرقت عليه قبل التمام وذلك ثبت حتى الفسخ قلنا الاجارة عقود متفرقة فلا يمكن فيها تفريق الصفة وعلى هذا يكون قوله ولهذا يجبر المستأجر ببيان فرع آخر لنا لا استنبهنا حيث لم يكن الخصم قائما لا به قال (وتفسخ الاجارة بالاعذار عندنا) تفسخ الاجارة بالاعذار عندنا (وعند الشافعي لا تفسخ الا بالعيب بناء على ما مر مرارا) لان المنافع عنده بمنزلة الاعيان حتى يجوز العقد عليها فكانت كالبيع والبيع لا يفسخ بالعدر فكذا الاجارة (ولنا ان المنافع غير مقبوضة وهي العقود عليها فصار العذر في الاجارة كالعيب قبل القبض في البيع فتفسخ به) كالبيع (اذ المعنى المحوز للفسخ يجمع

بخلاف البيع وهذا لان رد الكل يمكن في البيع دون الاجارة فيشترط فيه دونها ولهذا يجبر المستأجر على القبض اذا سلم المؤجر بعد مضي بعض المدة قال (وتفسخ الاجارة بالاعذار) عندنا وقال الشافعي رحمه الله لا تفسخ الا بالعيب لان المنافع عنده بمنزلة الاعيان حتى يجوز العقد عليها فاشبه البيع ولنا ان المنافع غير مقبوضة وهي العقود عليها فصار العذر في الاجارة كالعيب قبل القبض في البيع فتفسخ به اذ المعنى يجمعها وهو عجز العاقد عن المضي في موجهه لا يتحمل ضرر زائد لم يستحق به وهذا هو معنى العذر عندنا (وهو كمن استأجر حذا ليقطع ضرره لو جمع به فمكن الوجع أو استأجر طبيا خالطه له طعام الواسية فاختلفت منه تفسخ الاجارة) لان في المضي عليه الزام ضرر زائد لم يستحق بالعقد (وكذا من استأجر كنانا في السوق ليخبر فيه فذهب ماله وكذا من أجرد كنانا أو دارا ثم أفلس وزمنه ديون لا يقدر على قضاء الا بئس ما أجرفه فسخ القاضي العقد وباعها في الديون) لان في الجري على موجب العقد الزام ضرر زائد لم يستحق بالعقد وهو الحبس لانه قد لا يصدق على عدم مال آخر ثم قوله فسخ القاضي العقد اشارة الى أنه يقتصر الى قضاء القاضي في النقص وهكذا ذكر في الزيادات في عذر الدين

يركبها مسافة مماها وانما يتمشى ذلك فيما تبين العقود عليه فيه بالمدق من النوع الثاني كاستئجار دار للسكنى فكان الدليل المزبور فاصرا عن افادتها ادعاء الشافعي من عدم صحة شرط الخيار في عقد الاجارة مطلقا فليتأمل (قوله ولنا ان المنافع غير مقبوضة وهي العقود عليها فصار العذر في الاجارة كالعيب قبل القبض في البيع فتفسخ به الخ) قال ابن العزاقول بفسخ الاجارة بالاعذار وموت أحد المتعاقدين من غير نص ولا اجماع ولا قول صحابي بل بمجرد الاعتبار بالفسخ بالعيب فيه نظرا فانه عقد لازم ولا زالت الاعذار تحدث في عقود الاجارات وقد يموت أحد المتعاقدين قبل انقضاء المدة ولم يقتل عن العصابة الفسخ بذلك ولو كانت الاجارة تقبل الفسخ بذلك لنقل لتوفر الهمم على نقل مثله لاحتياج الناس اليه وقد نقل عنهم ما هو دون ذلك وجهور العلماء على القول بعدم الفسخ للعذر وان كانوا قد اعتبروا العذر الكامل فيما لو اكترى من يقطع ضرره فبرأ وانقل قبل قلعه أو اكترى كمالا ليكمل عينه فبرأت أو ذهبت فلا يفسد عليه ما هو دونه الى هنا كلامه (أقول) نظرمساقط جدا اذ لا يلزم من أن لا يتحقق نص ولا اجماع ولا قول صحابي في حق فسخ الاجارة بالاعذار أن لا يصح القول بذلك فان القياس أحد الأدلة الشرعية الاربعة على ما تقرر في علم الاصول فيمكن تحقيق ذلك في اثبات حكم شرعي وقد تحقق فيما نحن فيه كما اشار اليه المصنف بقوله فصار العذر في الاجارة كالعيب قبل القبض في البيع فتفسخ به وبين الجامع بقوله اذ المعنى يجمعها وهو عجز العاقد عن المضي في موجهه لا يتحمل

الاجارة والبيع جميعا وهو) أي المعنى الجامع (عجز العاقد عن المضي في موجب العقد لا يتحمل ضرر زائد لم يستحق ضرر به وهذا هو معنى العذر عندنا) والشافعي محجوج بما اذا استأجر رجلا ليقطع ضرره لو جمع ثم زال الوجع أو استأجر انسانا ليتخذ وليلة العرس فأتت العروس أو استأجر رجلا ليقطع يده لا كلمة وقعت بها ثم برأت فانه لا يجبر المستأجر على قلع الضرر وانما اذا وليلة وقطع اليد لا محالة لان في المضي عليه الزام ضرر زائد لم يستحق بالعقد وكذا الباقي ثم ذكر اختلاف الروايات في الاحتياج الى الحاكم قال (ثم قوله) أي قول القدوري في المختصر (فسخ القاضي اشارة الى الافتقار اليه في النقص وهكذا ذكر في الزيادات في عذر الدين

(قوله ان المنافع عنده بمنزلة الاعيان الخ) أقول نفسها بدون قامة العار مقامها مثلا

قال في الجامع الصغير وكل ما ذكرناه عذر فان الاجارة فيه تنتقض وهذا يدل على انه لا يحتاج فيه الى قضاء القاضي (وذكر في وجه الاول انه فصل مجتهد فيه فلا بد من الزام القاضي) وفيه ما حرر غير مرة وصحح شمس الائمة السرخسي ما ذكر في الزيادات (وصحح قاضيان والمجربون قول من وقف فقال اذا كان العذر ظاهرا لا يحتاج الى القضاء لظهور العذر) أي لكونه ظاهرا (وان كان غير ظاهر) كالدين (يحتاج الى القضاء لظهور العذر) أي لان يظهر العذر (قوله ومن استأجر دابة ليسافر عليها ثم بدله من السفر) أي ظهر له فيه رأى منعه عن ذلك ظاهر خلا مواضع بينها (قوله ومن أجر عبده ثم باعه فليس بعذر) (٢٣٣) هو لفظ أصل الجامع الصغير لكن

هل له أن يبيع بعدما أجر
اختلفت الفاظ الروايات
وقال شمس الائمة الصحيح
من الرواية ان البيع
موقوف على سقوط حق
المستأجر وليس للمستأجر
أن يفسخ البيع وبالله مال
الصدر الشهيد وقوله
(أما الذي يخطب بأجر فرأس
ماله الخيط والخيط
والمقراض فلا يتحقق فيه
الافلاس) قيل وقد يتحقق
افلاسه بأن تظهر خيائته
عند الناس فيمتنعون
عن تسليم الثياب اليه أو
يلحقه ديون كثيرة
ويصير بحيث ان الناس
لا يأمنونه على أمتعتهم
(قوله ومن استأجر غلاما
يخدمه في المصر ثم سافر
فهو عذر) قيل فان قال
المؤجر انه لا يرد بالسفر
ولكنه يريد فسخ الاجارة
وأصر المستأجر على دعوى
السفر والقاضي يسأله عن
يسافر معه فان قال فلان
وقلان قال القاضي يسألهم
ان فلانا هل يخرج معكم

وقال في الجامع الصغير وكل ما ذكرناه عذر فان الاجارة فيه تنتقض وهذا يدل على أنه لا يحتاج فيه الى قضاء القاضي ووجهه أن هذا بمنزلة العيب قبل القبض في المبيع على ما مر فينفرد العاقد بالفسخ ووجه الاول أنه فصل مجتهد فيه فلا بد من الزام القاضي ومنهم من وقف فقال اذا كان العذر ظاهرا لا يحتاج الى القضاء لظهور العذر وان كان غير ظاهر كالدين يحتاج الى القضاء لظهور العذر (ومن استأجر دابة ليسافر عليها ثم بدله من السفر فهو عذر) لانه لو مضى على موجب العقد يلزمه ضرر زائد لا تهربا يذهب للحج فذهب وقته أو طلب غريمه فحضر أو للتجارة فانتقر (وان بدل الكاري فليس ذلك بعذر) لانه يمكنه أن يقعد ويبيع الدواب على يد تلميذه أو أجيره (ولو مرض المؤجر ففقد فكذا الجواب) على رواية الاصل وروى الكرخي عن أبي حنيفة أنه عذر لانه لا يعرى عن ضرره فبدل عنده عند الضرورة دون الاختيار (ومن أجر عبده ثم باعه فليس بعذر) لانه لا يلزمه الضرر بالمضى على موجب عقد وانما يفوته الاسترباح وانما أمر زائد (واذا استأجر الخياط غلاما فليس وترك العمل فهو العذر) لانه يلزمه الضرر بالمضى على موجب العقد لفوات مقصوده وهو رأس ماله وتأويل المسئلة خياط يعمل لنفسه أما الذي يخطب بأجر فرأس ماله الخيط والخيط والمقراض فلا يتحقق الافلاس فيه (وان أراد ترك الخياطة وان يعمل في الصراف فليس بعذر) لانه يمكنه أن يفسد الغلام للخياطة في ناحية وهو يعمل في الصراف في ناحية وهذا بخلاف ما اذا استأجر دابة للخياطة فأراد أن يتركها ويشتغل بعمل آخر حيث جعله عذرا ذكره في الاصل لان الواحد لا يمكنه الجمع بين العملين أما ههنا العامل شخصان فأمكنهما (ومن استأجر غلاما يخدمه في المصر ثم سافر فهو عذر) لانه لا يعرى عن الزام ضرر زائد لان خدمته السفر أشق وفي المنع من السفر ضرر وكل ذلك لم يستحق بالعقد فكون عذرا (وكذا اذا أطلق) لما مر أنه يتقيد بالحضر بخلاف ما اذا أجر عقارا ثم سافر لانه لا ضرر اذا المستأجر يمكنه استيفاء المنفعة من المعقود عليه بعد غيبته حتى لو أراد المستأجر السفر فهو عذر لما فيه من المنع من السفر والزام الاجر بدون السكنى وذلك بشرط

ضرر زائد لم يستحق بالعقد وانما لا يجوز الاستدلال بالقياس لو ورد نص يدل على خلاف ذلك أو انعقاد اجماع على خلاف ذلك ولم يقع شيء منهم ما قيسنا فيه وكون عقد الاجارة عقد الازم او كثرة حدوث الاعذار في عقود الاجارات مما لا يقدح أصلا في العمل بالقياس في حكم فسخ عقد الاجارة بالاعذار وكذا مجرد أن لا يتصل الفسخ بذلك عن الصحابة لا يقدح في صحة القياس عند تحقق شرائطه والحاصل ان جملة ما ثبت به في ترويع نظره ههنا أضعف من بيت العنكبوت ثم انما ذكره كله منقوض بما اعترف به من ان العذر الكامل معتبر فانه لم يرد في ذلك العذر أيضا نص ولم ينعقد عليه اجماع ولم يتقل عن الصحابة فيه شيء فالمدار في ذلك أيضا هو القياس

أولافان قالوا ثبت العذر والافلا وقيل ينظر القاضي الى زيه وثيابه فان كانت ثيابه ثياب السفر يجعله مسافرا والافلا وقيل اذا أنكر المؤجر السفر فاقول قوله وقيل يحلف القاضي المستأجر بالله انك عزمت على السفر

(قوله وفيه ما حرر غير مرة) أقول من أن خلاف الشافعي متأخر فكيف يبنى أئمتنا ما قالوا من جواب المسئلة على خلافه وجوابه جل الاجتهاد على اجتهاد من تقدم ودعوى انتقائه غير مسلمة قال المصنف (ومن استأجر دابة ليسافر عليها ثم بدله الخ) أقول فاعل بدا مفسر والمعنى بدله رأى أى ظهر له رأى يمنع من السفر

﴿ مسائل منشورة ﴾

معنى المسائل المنشورة قد تقدم وحصد الزرع أى جذه والحصائد جمع حصيد وحصيدة وهما الزرع المحصود والمراد بهما ما يبق من أصول القصب المحصود فى الأرض ومعناه ظاهر وقيل هذا إذا كانت الرياح هادئة قال فى النهاية بالنون من هدى أى سكن وفى نسخة هادئة من هدى أى سكن وهذا التفصيل الذى ذكره من الهادئة والمطرية اختيار شمس الأئمة السرخسى (قوله وإذا أقعد الخياط الخ) يعنى إذا كان الخياط أو الصباغ معروفاً وهو رجل مشهور عند الناس وله جاه ولكنه غير حاذق فأقعد فى ذلك رجا حاذقاً لا يتقبل صاحب الدكان العمل من الناس (٢٣٤) ويعمل الحاذق وجعل ما يحصل من الأجرة بينهم ما نصفين جازاً استخساناً وفى القياس

﴿ مسائل منشورة ﴾

قال (ومن استأجر أرضاً واستعارها فأحرق الحصاد فاحترق شئ من أرض أخرى فلا ضمان عليه) لأنه غير متعدي فى هذا التسبب فأشبهه حافر البئر فى دار نفسه وقيل هذا إذا كانت الرباح هادئة ثم تغيرت أما إذا كانت مضطربة فمضمّن لأن موقد النار يعلم أنها لا تستقر فى أرضه قال (وإذا أقعد الخياط أو الصباغ فى حافوته من يطرح عليه العمل بالنصف فهو جائز)

﴿ مسائل منشورة ﴾

أى مسائل نثرت عن أئمتنا كثر هنا تلافياً لما فات (قوله وإذا أقعد الخياط أو الصباغ فى حافوته من يطرح عليه العمل بالنصف فهو جائز) صورة المسئلة إذا كان الخياط أو الصباغ دكان معروف وهو رجل مشهور عند الناس وله وجهة ولكنه غير حاذق فيقع فى ذلك رجا حاذقاً لا يتقبل العمل من الناس ويعمل ذلك الرجل على أن ما أصاب من شئ فهو بينهما نصفان وهذا فى القياس فاسد لأن رأس مال صاحب الدكان المنفعة والمنفعة لا تصلح رأس مال الشركة ولأن المتقبل للعمل أن كان صاحب الدكان فالعامل أجبره بالنصف وهو مجبور لأن الأجرة إذا كانت نصف ما يخرج من عمله كانت مجهولة لا بحالة وإن كان المتقبل هو العامل فهو مستأجر لوضع جلوسه من ذلك نصف ما يعمل وذلك أيضاً مجبور والطحاوى أخذ فى هذه المسئلة بالقياس وقال القياس عندى أولى من الاستخسان وفى الاستخسان يجوز هذا لأن هذه الشركة التقبيل فى العمل بأبدانهم ما سواهم فيصير رأس مال أحدهما ما يتقبل ورأس مال الآخر العمل وكل واحد منهما ما يجب به الأجر فجاز كذا فى النهاية والكفاية وقال صاحب العناية وجه الاستخسان أن هذه ليست بأجرة وإنما هى شركة الصنائع وهى شركة التقبيل لأن شركة التقبيل أن يكون ضمان العمل عليهم أو أحدهما يتولى القبول من الناس والآخر يتولى العمل لحذاقته وهو متعارف فوجب القول بجوازها للتعامل بها قال صلى الله عليه وسلم ما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن فأن قيل شركة التقبيل هى أن يشتركا على أن يتقبلا الأعمال وهما ليس كذلك بل هما اشتركا فى الحاصل من الأجر أوجب بأن والمعنى الشركة فى الخارج تقتضى اثبات الشركة فى التقبيل فثبت فيه اقتضاء دليل فى كلامهما الاتخصيص أحدهما بالتقبل والآخر بالعمل ذكرنا وتخصيص الشئ بالذليل على نفي ما عداه فامكننا اثبات الشركة فى التقبيل اقتضاء نفيها فى العمل صريحاً ولو صرح بشركة التقبيل ثم تقبل أحدهما وعمل الآخر جاز فكذلك هذا هذا هو المذکور فى عامة الشروح لما ذكره المصنف فإنه قال

لا يجوز لأن رأس مال صاحب الدكان المنفعة وهى لا تصلح رأس مال الشركة ولأن المتقبل للعمل على ما ذكر صاحب الدكان فيكون العامل أجبره بالنصف وهو مجبور وإن تقبل العمل العامل كان مستأجر الموضع جلوسه من ذلك نصف ما يعمل وهو مجبور والطحاوى رجه الله مال إلى وجه القياس وقال القياس عندى أولى من الاستخسان وجه الاستخسان أن هذه ليست بأجرة وإنما هى شركة الصنائع وهى شركة التقبيل لأن شركة التقبيل أن يكون ضمان العمل عليهم أو أحدهما يتولى القبول من الناس والآخر يتولى العمل لحذاقته وهو متعارف فوجب القول بجوازها للتعامل بها قال صلى الله عليه وسلم ما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن فأن قيل

﴿ مسائل منشورة ﴾

(قوله فيكون العامل أجبره بالنصف وهو مجبور) أقول وأيضاً هو من قبيل فقير الطعان (قوله وأحدهما يتولى القبول من الناس) أقول فيه بحث فإن تعين أحدهما لتولى القبول ليس بلازم فى شركة التقبيل ولعل مراده كونه من متناولاتها فى العبارة مسامحة (قوله أوجب بأن الشركة فى الخارج) أقول يعنى الخارج من العمل

لان هذه شركة الوجود في الحقيقة ولكن قوله فهذا بوجاهته يقبل وهذا بحذاقته (٣٣٥) يعمل أنسب بشركة التقبل والله أعلم

وانذا كانت شركة لا اجارة لم
تضره الجهالة فيما يحصل
كافي الشركة وقوله (ومن
استأجر جلا يعمل عليه
محملا) ظاهره والوطاء الفرائش
والدتر جمع دينار وهو ما يلقي
عليك من كساء وغيره (قوله
ورد الزاد معتاد) جواب عما
يقال مطلق العقد ينصرف
الى المتعارف ومن عادة
المسافرين انهم يأكلون
من الزاد ولا يردون شيئا مكانه
ووجهه ان العرف مشترك
فانه معتاد عند البعض كرد
الماء والعرف المشترك
لا يصلح مقيدا فلا مانع من
العمل بالاطلاق وهو أنهما
أطلقا العقد على حل قدر
معلوم في مسافة معلومة
ولم يقيد بعدم رد ما نقص
من المجهول فوجب جواز
رد قدر ما نقص عـلا
بالاطلاق وهو عدم المانع
والله أعلم

كتاب المكاتب

قال المصنف (لان هذه
شركة الوجود في الحقيقة
الخ) أقول قال صدر
الشريعة في شرح الوقاية
في الهداية حمله على
شركة الوجود وفيه نظر
لانه شركة التقبل
والصنائع فكان صاحب
الهداية أطلق شركة
الوجود عليها لان أحدهما

لان هذه شركة الوجود في الحقيقة فهذا بوجاهته يقبل وهذا بحذاقته يعمل فينتظم بذلك المصلحة فلا
تضره الجهالة فيما يحصل قال (ومن استأجر جلا يعمل عليه محملا) رآ كين الى مكة جازوله المحمل
المعتاد) وفي القياس لا يجوز وهو قول الشافعي للجهالة وقد يفتى ذلك الى المنازعة وجه الاستحسان
أن المقصود هو الرأب وهو معلوم والمحمل تابع وما فيه من الجهالة يرتفع بالصرف الى المتعارف
فلا يفتى ذلك الى المنازعة وكذا اذا لم ير الوطاء والدتر قال (وان شاهد الجمال الحمل فهو أجدود)
لانه أنقى للجهالة وأقرب الى تحقق الرضا قال (وان استأجر بعير يعمل عليه مقدار من الزاد فكل
منه في الطريق جازله أن يرد عوض ما كل) لانه استحق عليه جلا سمى في جميع الطريق فله أن
يستوفيه (وكذا غير الزاد من المكيل والموزون) ورد الزاد معتاد عند البعض كرد الماء فلا مانع من
العمل بالاطلاق

كتاب المكاتب

والمعنى ان شركة التقبل أن يكون ضمان العمل عليهم ما حال كون أحدهما يتولى القبول من الناس
فيفهم منه بطريق الاولوية كون الضمان عليهم ما حال أن يتوليا القبول من الناس معا فيصير قول
صاحب العناية هنا بمنزلة قول صاحب الكافي لان تفسير شركة التقبل أن يكون ضمان العمل عليهما
وان كان أحدهما يتولى القبول من الناس بلحاظه والاخر يتولى العمل لحذاقته اه فلا محذور في عبارة
صاحب العناية ولا مسامحة ثم اعلم ان صاحب العناية ليس بمنفرد في التعبير بتلك العبارة بل سبعة اليه
صاحب معراج الدررية حيث قال لان تفسير شركة التقبل أن يكون ضمان العمل عليهما وأحدهما
يتولى القبول من الناس بلحاظه والاخر يتولى العمل لحذاقته وهو متعارف ووجب القول بصحته
انتهى (قوله لان هذه شركة الوجود في الحقيقة فهذا بوجاهته يقبل وهذا بحذاقته يعمل فينتظم
بذلك المصلحة فلا تضره الجهالة فيما يحصل) قال الامام الزبيدي في شرح الكنتقال صاحب الهداية
هذه شركة الوجود في الحقيقة فهذا بوجاهته يقبل وهذا بحذاقته يعمل فيه فوقع اشكال فان تفسير
شركة الوجود أن يشتر كاعلى أن يشتر بأشياء بوجوهها ويبيعها وليس في هذه بيع ولا شراء فكيف
يقصور أن تكون شركة الوجود وانما هي شركة الصنائع على ما ينشأ الى ههنا كلامه (أقول) ليس
مراد المصنف بشركة الوجود في قوله لان هذه شركة الوجود في الحقيقة ما هو المصطلح عليه المار
في كتاب الشركة بل مراده بما ههنا ما وقع فيه تقبل العمل بالوجاهة يرشد اليه قوله فهذا بوجاهته يقبل
وهذا بحذاقته يعمل فينتظم الاشكال ولا يتبع كونها شركة الصنائع والتقبل على المعنى المصطلح عليه
في كتاب الشركة وقال صدر الشريعة في شرح الوقاية في الهداية حمله على شركة الوجود وفيه
نظر لانه شركة الصنائع والتقبل فكان صاحب الهداية أطلق شركة الوجود عليها لان أحدهما يقبل
العمل بوجاهته الى هنا كلامه وقال بعض الفضلاء به نقل ما ذكره صدر الشريعة ولا يخفى عليك ان
في قوله في الحقيقة نوع نبوة عن هذا انتهى (أقول) ان قول المصنف في الحقيقة ليس للاحتراز عن
كونها شركة أخرى بل هو للاحتراز عن كونها اجارة وان مراده بالحقيقة ما يقابل الظاهر والصورة
لا ما يقابل المجاز فالمعنى ان هذه المعاهدة وان كانت بحسب الصورة وظاهر الحال عقد اجارة بالنصف
الأنها بحسب حقيقة الحال عقد شركة الوجود أي عقد شركة التقبل بالوجاهة فلا نبوة عن هذا
في شيء تأمل نقف

كتاب المكاتب

يتقبل العمل بوجاهته انتهى ولا يخفى عليك أن في قوله في الحقيقة نوع نبوة عن هذا

(٣٩ - تكمله سابق)

كتاب المكاتب

قال في النهاية أورد عقد الكتابة بعد عقدا لا جارة لمناسبة أن كل واحد منهما عقد يستفاد به المال بمقابلته ما ليس بمال على وجه يحتاج فيه إلى ذكر العوض بالإيجاب والقبول بطريق الاصلالة ولهذا وقع الاحتراز عن البيع والهبة والطلاق والعنق يعني أن قوله بمقابلته ما ليس بمال خرج به البيع والهبة بشرط العوض وقوله بطريق الاصلالة خرج به النكاح والطلاق والعنق على مال فإن ذكر العوض فيه ليس بطريق الاصلالة وذكر في بعض الشروح أن ذكر كتاب المكاتب عقب كتاب العنق كان أنسب ولهذا ذكره المحاكم الشهيد في الكافي عقب كتاب العنق لأن الكتابة ما أكملها الولاء والولاة حكم من أحكام العنق أيضا وليس كذلك لأن العنق إخراج الرقبة عن الملك بلا عوض والكتابة ليست كذلك بل فيها ملك الرقبة لشخص ومنفعته لغيره وهو أنسب للإجارة لأن نسبة الذانيات أولى من نسبة العرضيات وقدم الإجارة لشبهها بالبيع من حيث التملك والشرائط فكان أنسب بالتقديم والكتابة عقد بين المولى وعنده بلفظ الكتابة وما يؤدي معناه من كل وجه فقوله عقد يخرج تعليق العنق على مال فإن المراد به ما يحتاج إلى الإيجاب وقبول وذلك غير مشروط في التعليق فإن التعليق يتم بالمولى كذا في النهاية وأما الاعتناق على مال فإنه وإن كان عقدا لا يحتاجه إلى الإيجاب والقبول لكنه خرج بقوله بلفظ الكتابة أو ما يؤدي معناه والفرق بينهما من حيث المعنى أن المكاتب بالمعجز يعود رقيقا دون العنق على مال وسيبها ما مر غير مرة من تعليق البقاء المقدور بشرطها (٣٣٦) قيام الرق في المحل وكون المسمى مالا معلوما قدره وجنسه وحكمها من جانب العبد

انفكك الحجر في الحال وثبوت ملك اليد حتى يكون المكاتب أحق بمكاسبه وثبوت الحرية إذا أدى بدل الكتابة وفي جانب المولى ثبوت ولاية مطالبة البذل في الحال إن كانت حالة والمالك في البذل إذا قبضه وألفاظها الدالة على ذلك قوله لعبدك كاتبك على مائة دينار إذا قال قبلت كان ذلك كتابة ولو قال جعلت عليك ألفا تؤديها إلى نجوما أول نجم كذا وآخره كذا فإذا أديتها أمنت سر وان عجزت فأنت رقيق كان كتابة قال

قال (وإذا كاتب المولى عبده أو أمته على مال شرطه عليه وقبل العبد ذلك صار مكاتبا) أما الجواز فلقوله تعالى فكاتبوهم إن علمتم فيهم خيرا

قال صاحب النهاية أورد عقد الكتابة بعد عقدا لا جارة لمناسبة أن كل واحد منهما عقد يستفاد به المال بمقابلته ما ليس بمال على وجه يحتاج فيه إلى ذكر العوض بالإيجاب والقبول بطريق الاصلالة وبهذا وقع الاحتراز عن البيع والطلاق والعنق اهـ (أقول) ان قوله وبهذا وقع الاحتراز عن البيع والطلاق والعنق مستدرك بل محتمل لأنه يرد عليه أن يقال ان وقع الاحتراز به هذا الذي ذكره عن غير تلك الأشياء الثلاثة أيضا فامعنى تخصيص تلك الثلاثة بالذكر وان لم يقع الاحتراز به عن غير ما فيها فائدة بيان وقوع الاحتراز به عن تلك الثلاثة فقط إذ ينقض حينئذ ما ذكره في وجه المناسبة بغيرها من الاغيار وبعبارة أخرى انه ان وجب الاطراد في وجوه المناسبة بين كتب هذا الفن لزم أن لا يتحقق شيء من تلك الوجوه في غير ما ذكر فيه فيلزم فيما نحن فيه الاحتراز عن جميع ما عداه فلامعنى تخصيص الاحتراز عن تلك الأشياء الثلاثة بالذكر وان لم يجب الاطراد فيها بل كفى تحقق كل منها فيما ذكر فيه سواء تحقق ذلك في غيره أيضا أم لا يمكن فائدة في بيان وقوع الاحتراز بما ذكره فيما نحن فيه عن تلك الأشياء الثلاثة سيما إذا لم ينحصر ما يقع الاحتراز بذلك عنه في تلك الثلاثة والتحقيق ان المناسب في وجوه المناسبة بين هذا الكتاب هو الاطراد وان الوجه الذي ذكره

صاحب (وإذا كاتب المولى عبده أو أمته الخ) إذا كاتب المولى عبده أو أمته على مال شرطه عليه بما ذكرنا من الالفاظ الدالة على ذلك وقبل العبد ذلك صار مكاتبا أما جواز هذا العمل من المولى فلقوله تعالى فكاتبوهم إن علمتم فيهم خيرا ودلالته على مشروعية العقد لا تخفى على عارف بلسان العرب سواء كان الامر للوجوب أو لغيره ولما كان مقصود المصنف رحمه الله بيان حكم آخر خلاف المشروعية وهو أن الكتابة عقد واجب أن يعمل أو مندوب أو مباح تعرض لذلك بقوله

قال الدميري في شرح المنهاج الكتابة تعليق عتق بصيغة تضمنت معارضة مخجمة ولفظها اسلاي لا يعرف في الجاهلية قبل وأول من كوتب عبد لعمر رضي الله عنه قال له أبو أمية (قوله وذكر في بعض الشروح) أقول يعني غاية البيان (قوله ولهذا ذكره المحاكم الشهيد في الكافي الخ) أقول عبارة الاتفاقى ولهذا ذكر المحاكم الشهيد في الكافي كتاب المكاتب وكتاب الولاء عقب كتاب العنق ولأن الكتابة ما أكملها العتق بمال والولاة حكم من أحكام العتق أيضا انتهى وبهذا يظهر لك تصرف الشارع في عبارته وتغييره إلى ما لا يرضاه صاحبه فإن ذكره الولاء لبيان مناسبتها للعتاق لا لبيان مناسبة المكاتب للعتاق وقوله والكتابة ليست كذلك إن أراد ان يخرجها من حيث هو كالكتابة لا يرى أنه إخراج اليد حالاً والرقبة ما لا وان أراد أنها ليست بلا عوض فسلم ولا تمس الحاجة إلى المناسبة في جميع أجزاء مفهومه مع أن اعتبار انتفاء العوض في مفهوم العتق غير مسلم أيضا وكيف والعنق على مال باب من أبوابه وقوله لأن نسبة الذانيات أولى من نسبة العرضيات محل تأمل فليتأمل

صاحب النهاية ههنا ليس بتحقيق في غير ما نحن فيه أصلا كما يظهر بالتأمل الصادق فكان مطردا فلا وجه لتخصيص تلك الأشياء الثلاثة بالذكر من بين ما وقع عنه الاحتراز بذلك الوجه ثم إن صاحب العناية نقل ما ذكر في النهاية وبين المراد منه حيث قال قال في النهاية أو رد عقد الكتابة بعد عقد الاجارة لمناسبة ان كل واحد منهم ما عقد يستغابه المال بمقابلة ما ليس بمال على وجه يحتاج فيه الى ذكر العوض بالاجاب والقبول بطريق الاصله وبهم مذا وقع الاحتراز عن البيع والهبة والطلاق والعناق يعني ان قوله بمقابلة ما ليس بمال خرج به البيع والهبة بشرط العوض وقوله بطريق الاصله خرج به النكاح والطلاق والعناق على ما قال فان ذكر العوض فيم ليس بطريق الاصله الى هنا لفظ العناية (أقول) في كل واحد من نقله وبيانه اختلال أما في نقله فلا لأن الهبة غير مذكورة في شيء من نسخ النهاية وقد ضمهافي النقل الى البيع والطلاق والعناق وأما في بيانه فلا لأنه قيد الهبة في البيان بشرط العوض وأما لفظه في أثناء النقل ولا شك ان قوله بمقابلة ما ليس بمال يخرجها عن الاطلاق اذ الهبة بلا شرط عوض لا مقابلة فيها أصلا فتخرج بقوله بمقابلة ما ليس بمال كما تخرج به الهبة بشرط العوض فلا وجه للتقييد في البيان وأيضا لم يكن النكاح مذكورا في نسخ النهاية ولا فيما نقله عنها وقد تعرض في البيان لخروج النكاح أيضا بقوله بطريق الاصله ولا يخفى ما فيه وأيضا كان الطلاق والعناق مطلقين في المنقول وقد قيد ما في البيان بكونه ما على مال وجعله ما خارجا بغيره بطريق الاصله ولم يذكر خروج الطلاق والعناق بغير ما لبس من القيد مع انهم يخرجون بغيره من المقابلة في قوله بمقابلة ما ليس بمال كما ذكرنا في الهبة بلا شرط عوض فتأمل وقال صاحب غاية البيان ان ذكر المكاتب عقيب كتاب العناق كان أنسب واهذا ذكر الحاكم الشهيد في الكافي كتاب المكاتب وكتاب الولاء عقيب كتاب العناق لان الكتابة ما لها العتق بمال والولاء حكم من أحكام العتق أيضا انتهى ونقله صاحب العناية فزيده حيث قال واذكر في بعض الشروح ان ذكر كتاب المكاتب عقيب كتاب العناق كان أنسب ولهذا ذكره الحاكم الشهيد في الكافي عقيب كتاب العناق لان الكتابة ما لها الولاء والولاء حكم من أحكام العتق أيضا وليس كذلك لان العتق اخراج الرقبة عن الملك بالعوض والكتابة ليست كذلك بل فيها الملك الرقبة لشخص ومنفعة له لغيره وهو أنسب للاجارة لان نسبة الذاتيات أولى من نسبة العرضيات الى هنا لفظ العناية (أقول) في نقله له خطأ لان المذكور في كلام صاحب العناية لان الكتابة ما لها العتق وقد قال صاحب العناية في النقل لان الكتابة ما لها الولاء وبينهم ما بون ولا يخفى ان مقصود صاحب العناية بقوله لان الكتابة ما لها العتق بيان المناسبة بين العتق والكتابة وبقوله والولاء حكم من أحكام العتق أيضا بيان المناسبة بين العتق والولاء أيضا وكان صاحب العناية حسب مجموع الكلامين بيانا للمناسبة بين العتق والكتابة فوقع فيما وقع من تغيير العبارة في النقل تدبر ثم ان بعض الفضلاء بعد ما تبين لما في نقل صاحب العناية من الخروج عن سنن السداد قصد رد تزيفه أيضا فقال وقوله والكتابة ليست كذلك ان اراد به أنها لا اخراج فيه فهو كالكافرة الا يرى انه اخراج اليه حالا والرقبة ما لا وان اراد به أنها ليست بالعوض فسلم ولا تسمى الحاجة الى المناسبة في جميع أجزاء مفهومه مع ان اعتبار انتفاء العوض في مفهوم العتق غير مسلم أيضا وكيف والعتق على مال باب من أبوابه وقوله لان نسبة الذاتيات أولى من نسبة العرضيات محل تأمل الى هنا كلامه (أقول) يمكن دفع ذلك كله بأن مراد صاحب العناية ان العتق اخراج الرقبة عن الملك حالا بلا شرط عوض والكتابة ليست كذلك أي ليس فيها اخراج الرقبة عن الملك حالا وليست بلا شرط عوض بل هي بشرط عوض فيسقط ما ذكره ذلك القائل في كل من شق تردده أما سقوط ما ذكره في شقه الاول فلا لأنه

وهذا ليس أمر إيجاب باجتماع بين الفقهاء

لاشك في ان ليس في الكتابة اخراج الرقبة عن الملك حالا وان وجد فيها مطلق الاخراج وأما سقوط ما ذكره في شقه الثاني فلا في الكلام في الانسية لا في مجرد المناسبة فلا غشية لقوله ولا تمس الحاجة الى المناسبة في جميع أجزائه مفهومه ثم انما كان مراد صاحب العناية بقوله بلا عوض بلا شرط عوض لا بشرط لا عوض كما بينا عليه من قبل لم يقد قول ذلك القائل مع ان اعتبارا انتفاء العوض في مفهوم العتق غير مسلم لان اعتبارا انتفاء العوض في مفهوم العتق مما لا يدعيه أحد وانما يلزم ذلك ان لو كان المراد بقوله بلا عوض بشرط لا عوض وأما اذا كان المراد به بلا شرط عوض فيسم ما بشرط العوض أيضا اذ قد تقررت في موضعه ان بلا شرط شيء أعم من بشرط شيء ومن بشرط لا شيء فيصير الاعتبار في مفهوم العتق انتفاء اعتبار العوض لا اعتبارا انتفاء العوض فيدخل فيه العتق على مال لان عدم اعتبار شيء ليس اعتبارا عدمه كما عرف ثم ان مراد صاحب العناية بالذاتيات في قوله لان نسبة الذاتيات أولى من نسبة العرضيات ما هو الداخل في المفهوم وبالعرضيات ما هو الخارج عنه اذ قد تقررت في موضعه ان الذاتيات في الامور الاعتبارية ما اعتبره المعتبر داخلها والعرضيات ما اعتبره خارجها بخلاف الحقائق النفس الامرية في الكتابة كون ملك الرقبة لشخص وهو المولى وكون المنفعة لغيره وهو المكاتب داخل في مفهومها المعتبر عند أهل الشرع وأما العتق فأمر خارج عن مفهومها وانما هو ما لها الحاصل عند أداء كل البذل وكذا الولاء أمر خارج عنه فانه حكم من أحكام العتق فكان مناسبة الكتابة بالاجارة من حيث الذاتية وبالعتق من حيث العرضية فكانت أنسب للاجارة من العتق ثم ان كثيرا من الشراح قالوا وقد اجماع الاجارة تشبهها بالبيع من حيث التملك والشرايط فكان أنسب بالتقديم ثم أقول هذا أمر عجيب منهم فان مجرد تشبهها من بعض الحقائق بالبيع الذي من بينه وبينها كتب كثيرة غير شبيهة بالبيع من تلك الحقائق وغيرها فكيف يجعل ههنا وجهها لتقدمها على الكتابة وهل تقبله الفطرة السليمة والحق عندي ان وجه تقديم الاجارة هو المناسبة الكائنة بينها وبين ما ذكر قبلها الميئنة في صدر كتاب الاجارات فان تلك المناسبات ما اقتضت ذكر الاجارة عقيب ما ذكر قبلها وهو الهبة اقتضت أيضا بالضرورة تقديم الاجارة على المكاتب ولا يفوت أمر التعقيب ثم ان صاحب العناية قال الكتابة عقد بين المولى وعبيده بلفظ الكتابة أو ما يؤدي معناه من كل وجه اه (أقول) هذا تعريف خال عن التحصيل قريب من تعريف الشيء بنفسه فان من لا يعلم معنى الكتابة في الشرع لا يعلم ان العقد الجاري بين المولى وعبيده بلفظ الكتابة أو ما يؤدي معناه ما ذا بل معرفة الثاني تتوقف على معرفة الاول كما لا يخفى ولعل الباعث على وقوع صاحب العناية في هذا المضيق ان صاحب النهاية لما قال وأما الكتابة شرعا فانه عبارة عن عقد بين المولى والعبد بلفظ الكتابة أو بلفظ يؤدي معناه من كل وجه على ما يجي على أداء العبد ما لا معلوما لمقابلته عتق يحصل له عند أدائه اه حسب صاحب العناية ان تعريف الكتابة شرعا قد انتهى عند قوله أو بلفظ يؤدي معناه من كل وجه فقطع به الكلام في كتابه وليس الامر كما حسبته فان قول صاحب النهاية على أداء العبد ما لا معلوما الخ من غم التعريف متعلق بقوله عقد بين المولى والعبد بيان للعقد وعليه والمعتق قد يحصل بالمجموع معرفة معنى الكتابة شرعا كما ترى ثم ان الاظهر في تعريفها الشرعي ما ذكر في الكافي والكفاية بأن يقال الكتابة التحرير يرد في الحال ورقبة عند أداء المال وما ذكر في الوفاة وغيرها ان يقال الكتابة اعتاق المملوك يدا حالا ورقبة ما لا يفتقر (قوله وهذا ليس أمر إيجاب باجتماع بين الفقهاء) قال تاج الشريعة وصاحب الكفاية خص الفقهاء لان عند أصحاب الظواهر كداود الاصفهاني ومن تابعه ان هذا أمر إيجاب حتى اذا طلب العبد من مولاه الكتابة وقد علم المولى فيه خيرا وجب عليه أن يكتبه

وهذا ليس أمر إيجاب باجتماع الفقهاء وأشار بذلك الى نفي قول من يقول اذا طلب العبد من مولاه الكتابة وقد علم المولى فيه خيرا وجب عليه أن يكتبه لان الامر للوجوب

الاباحة كقوله تعالى واذا
حلتم فاصطادوا وقوله ان
علمتم فيهم خيرا مذكور
على وفاق العادة فانها جرت
على أن المولى انما يكتب
عبده اذا علم فيه خيرا وقال
في الحمل على الاباحة
الغاء للشرط بيان لكونه
لنذب وتقريره أن في
الحمل على الاباحة الغاء
الشرط لانها ثابتة بدون
الاتفاق وكلام الله تعالى
منزه عن ذلك وفي الحمل على
النذب اعمال له لان
النسبية معلقة به وذلك
لان المراد بالخير المذكور
على ما قال بعضهم أن
لا يضرب بالمسلمين بعد العتق
فان كان يضربهم
فلا فضل أن لا يكتبه وان
فعل صح فيجب حمله على
النذب وأما اشتراط
القبول من العبد فلا لانه
مال يلزمه فلا بد من الالتزام
ولا يعتق الاباء كل
البدل وهو قول جمهور
الفقهاء

(قوله وتقريره أن في الحمل
على الاباحة الغاء الشرط)
أقول فيه أن مفهوم
الشرط لاعتباره عندنا
مع أن الشارح ذكر أنه
ذكر على وفاق العادة (قوله)
وذلك لان المراد بالخير
المذكور على ما قال بعضهم
(الح) أقول فيه بحث فانه
على هذا التقرير لا يلزم الغاء
الشرط لوجله على الاباحة

وانما هو أمر نذب هو الصحيح وفي الحمل على الاباحة الغاء الشرط اذ هو مباح بدونها أما التسمية
معلقة به والمراد بالخير المذكور على ما قيل أن لا يضرب بالمسلمين بعد العتق فان كان يضربهم فلا فضل
أن لا يكتبه وان كان يصح لوفعله وأما اشتراط قبول العبد فلا لانه مال يلزمه فلا بد من التزامه
ولا يعتق الاباء كل البدل

اه (أقول) بقي اشكال وهو ان صاحب الكشف قال في تفسير هذه الآية وهذا الامر للنذب عند
عامة العلماء وعن الحسن ليس ذلك بعزم ان شاء كاتب وان شاء لم يكتب وعن عمر رضي الله عنه
هي عزمة من عزمات الله وعن ابن سيرين مثله وهو مذهب داود اه فعلى هذا كيف يتم القول بأن هذا
الامر ليس للإيجاب بل لاجماع بين الفقهاء وعمر رضي الله عنه من أجله الصحابة المعرفين بالفقه والرواية
وابن سيرين رجه الله تعالى من أعيان التابعين وكبار الفقهاء والصالحين وعن هذا قالوا جالس الحسن أو
ابن سيرين فقول عمر وابن سيرين بالوجوب يناقض ادعاء الاجماع بين الفقهاء في ان ليس هذا الامر للإيجاب
الهم الآن يقال ان ما ذكر في الكشف انما يدل على ان الوجوب في هذا الامر رواية محضة عن عمر وابن
سيرين لانه مذهبهم ما المقرر وكلام المصنف بناء على ما كان مذهبا مقرر بين الفقهاء فتأمل وقال
صاحب معراج الدراية بقوله باجماع الفقهاء يحتجون قول داود ومن تابعه وعمر بن دينار وعطاء
ورواية صاحب التفسير من أصحاب الشافعي ورواية عن أحمد فانهم قالوا يجب الكتابة اذا سأل العبد
اذا كان ذا أمانة وذا كسب اذا الامر يفيد الوجوب على تقدير علم الخيرية اه كلامه (أقول) فيه نظر
فان كثيرا من هؤلاء الفقهاء سيما الشافعي وأحمد فكيف يتم الاحتراز بقوله باجماع الفقهاء عن قولهم
بالإيجاب في هذا الامر وقولهم بذلك يناقض ادعاء اجماع الفقهاء على عدم الإيجاب في هذا الامر فأنى يصح
الاحتراز به عنه اللهم الآن يكون مدار الاحتراز على عدم تسليم فقه بعضهم وعلى عدم تسليم ثبوت
قول بعضهم بذلك بناء على عدم الاعتداد برواية القول بذلك فتأمل (قوله وانما هو أمر نذب هو الصحيح)
هذا احتراز عما قال بعض مشايخنا ان الامر للاباحة بالنذب كما في قوله تعالى واذا حلتم فاصطادوا
وقوله تعالى ان علمتم فيهم خيرا مذكور على وفاق العادة فانها جرت على ان المولى انما يكتب عبده اذا علم
فيه خيرا كذا في الشروح (أقول) بهذا وبما مر آنفا من قول بعض العلماء بكون الامر فيه
لوجوب يظهر اختلال ما ذكره الامام الزاهد في شرح مختصر القدوري في المقام حيث قال وانه
لنذب باجماع الامة انتهى اذ قد علم منهم ما ان كون الامر للنذب في فكاتبهم ليس مما وقع عليه
اجماع الامة بل وقع فيه اختلافهم ولكن المختار هو القول بأنه للنذب كما هو مذهب أكثر العلماء (قوله)
وفي الحمل على الاباحة الغاء الشرط اذ هو مباح بدونها (تقريره ان في الحمل على الاباحة الغاء الشرط وهو
قوله ان علمتم فيهم خيرا لان الاباحة ثابتة بدونها بالاتفاق وكلام الله منزه عن ذلك كذا في العناية وغيرها
واعترض عليه بعض الفضلاء محبت قال فيه ان مفهوم الشرط لا اعتبار له عندنا اه (أقول) هذا ساقط
لان معنى عدم اعتبار مفهوم الشرط عندنا أن التقييد بالشرط لا يدل على نفي الحكم عما عداه لان
ليس في ذكره فائدة أصلا فان هذا اليليق بكلام البشر فضلا عن كلام خالق القوى والقدر نعم يرد على
ذلك منع ان في الحمل على الاباحة الغاء الشرط المذكور بل فيه فائدة وهي اخراج الكلام على مجرى
العادة كما صرح به من قال بالاباحة على ما ذكر في عامة الشروح (قوله والمراد بالخير المذكور على ما قيل
أن لا يضرب بالمسلمين بعد العتق فان كان يضربهم فلا فضل أن لا يكتبه وان كان يصح لوفعله) أقول
لقاتل أن يقول فعلى هذا لا يكون في الحمل على الاباحة الغاء الشرط لان عقد الكتابة يصير بدون
الشرط حينئذ مكررها لا مباحا اذ قد تقر في علم الأصول ان المباح ما استوى طرفاه له وتركه وان
المكره ما كان طرفه تركه أولى واذا كان الافضل عندنا انتفاء الشرط المذكور على المعنى المزبور أن

فانه اذا لم يعلم فيه خير يكون تركه الكتابة مندوبا لا مباحا كما لا يخفى

لقوله صلى الله عليه وسلم أجمع عبد كوتب على مائة دينار فأداها الا عشرة دنانير فهو عبد وقال عليه الصلاة والسلام المكاتب عبد ما بقي عليه درهم وفيه أى في وقت عتق المكاتب اختلاف الصحابة رضى الله عنهم فعند على رضى الله عنه يعتق بقدر ما أدى وعند ابن عباس رضى الله عنهم ما يعتق كما أخذ الصحيفة (٢٣٠) من مولا يعنى بنفس العقد لان الصحيفة عند ذلك تكتب وعند ابن مسعود رضى الله

عنه يعتق اذا أدى قيمة نفسه وعند زيد بن ثابت رضى الله عنه بمائة كرنا وهو المختار ويعتق اذا أدى جميع بدل الكتابة وان لم يقل المولى اذا أدته فأنت حر وقال الشافعى رضى الله عنه لا يعتق ما لم يقل كاتبك على كذا على أنك اذا أدته الى فأنت حر لان الكتابة ضم مجسم الى نجم فلو نص على ذلك وقال ضربت عليك ألفا على أن تؤديها الى فى كل شهر كذا لم يعتق فكذا هذا ولولنا أن موجب العقد ثبت من غير تصريح به وموجه ههنا ضم حرية البد الحاصل فى الحال الى حرية الرقبة عند أداء البسذل فثبت وان لم يصرح به كفى البيع فانه ثبت الملك به وان لم يصرح بكونه موجه

لقوله عليه الصلاة والسلام أجمع عبد كوتب على مائة دينار فأداها الا عشرة دنانير فهو عبد وقال عليه الصلاة والسلام المكاتب عبد ما بقي عليه درهم وفيه اختلاف الصحابة رضى الله عنهم وما اخترناه قول زيد بن ثابت رضى الله عنه ويعتق بأدائه وان لم يقل المولى اذا أدته فأنت حر لان موجب العقد يثبت من غير التصريح به كفى البيع

لا يكتبه كل جانب الترك أولى فيصير عقد الكتابة انذاك مكررها لا مباحا فمنا فى قوله فيما قبل وفى الجمل على الإباحة الغاء الشرط اذ هو مباح بدونه فليتأمل (قوله لقوله عليه الصلاة والسلام أجمع عبد كوتب على مائة دينار فأداها الا عشرة دنانير فهو عبد الخ) قال تاج الشريعة فان قلت اختلاف الصحابة فى المسئلة ونسكلمهم فيها بالرى يدل على زيادة الحديث كاعرف ولهذا زيفنا ما روى أصحاب الشافعى أنه عليه الصلاة والسلام قال ابتغوا فى أموال اليتامى خيرا كى لا يأكلها الزكاة فى إيجاب الزكاة فى مال الصبي بأن الصحابة رضى الله عنهم اختلفوا فى هذه المسئلة ولم يحجج أحد منهم بهذا الحديث قلت جازاته ما بلغ اليهم انتهى كلامه (أقول) فى الجواب بحث لانه مشترك الإلزام اذ يجزى فى كل موضع وقع فيه اختلاف الصحابة أن يقال جازان لم يبلغ اليهم الحديث فيلزم أن لا يتم الاستدلال باختلاف الصحابة فى مسئلة ونسكلمهم فيها بالرى على زيادة حديث قط مع انه خلاف ما عرف والاطهر فى الجواب أن يمنع كون اختلاف الصحابة فى هذه المسئلة بالرى ويقال يجوز أن يكون اختلافهم فيها باعتبار ورود حديث آخر بخلاف ذلك كما روى أنه عليه الصلاة والسلام قال اذا أصاب المكاتب ميرا ثار ورث بحساب ما عتق منه وروى أنه عليه الصلاة والسلام قال يؤدى المكاتب بحصة ما أدى دية حر ومما بقي دية عبد كذا كرى فى بعض الكتب والذي يدل على زيادة الحديث انما هو اختلافهم بالرى لان استعمال الرأى فى موضع النص لا يجوز على ما عرف فى الأصول (قوله ويعتق بأدائه وان لم يقل المولى اذا أدته فأنت حر لان موجب العقد يثبت من غير التصريح به كفى البيع) وعند الشافعى لا يعتق ما لم يقل كاتبك على كذا على أنك ان أدته الى فأنت حر قال كثير من الشراح وحاصل الاختلاف يشنا وبينه راجع الى تفسير الكتابة فعندنا تفسيرها شرعا ضم حرية البد الى حرية الرقبة عند الاداء فكانه قال أوجبت حرية البد فى الحال وحرية الرقبة عند أداء المال ولو نص على هذا عتق عند الاداء كذا هذا وعند الشافعى تفسيرها ضم نجم الى نجم ولو نص عليه بأن قال ضربت عليك ألفا على أن تؤديها الى كل شهر كذا لم يعتق كذا هذا انتهى كلامهم وقال بعض الفضلاء بعد نقل هذا عن الحواشى الجلالية منقولافها عن المبسوط لا يخفى عليك ان ما ذكره من الضم ليس بتفسير الكتابة بل موجب العقد كما نص عليه المصنف انتهى (أقول) تنصيص المصنف عليه ممنوع كالا يخفى على الناظر فى عبارته ههنا بل لا يبعد أن يدعى تنصيصه على خلافه بعد صحيفة حيث قال أما الخروج من يده فلتحقيق معنى الكتابة وهو الضم انتهى ولئن سلم ذلك فكون الضم المذكور موجب العقد لا ينافى كونه تفسير للكتابة لان موجب الشئ من لوازمه وتفسير الشئ بلازمه ليس بعرض كما هو حال الرسوم عامة ولئن سلم ذلك أيضا فيجوز أن يكون معنى قوله هم راجع الى تفسير الكتابة راجع الى تفسير موجب الكتابة على حذف المضاف كما هو الطريقة الشائعة المسماة بالمجاز بالحذف ومنها قوله تعالى وجاء ربك أى أمر ربك وقوله تعالى

(قوله وعند ابن عباس رضى الله عنهم ما يعتق الى قوله تكتب) أقول فيه تأمل (قوله ولنا أن موجب العقد يثبت من غير تصريح بالخ) أقول قال فى الحواشى الجلالية نقلنا من المبسوط فكان حاصل الاختلاف يشنا وبينه راجعا الى تفسير

الكتابة فعندنا تفسيرها شرعا ضم حرية البد الى حرية الرقبة عند الاداء فكانه قال أوجبت حرية البد فى الحال وحرية الرقبة عند الاداء ولو كان نص على هذا كان يعتق عند الاداء كذا هذا وعند الشافعى تفسيرها شرعا ضم نجم الى نجم لا ضم حرية الى حرية انتهى لا يخفى عليك أن ما ذكره من الضم ليس بتفسير الكتابة بل موجب العقد كما نص عليه المصنف

ولا يجب حظ شيء من البديل اعتبارا بالبيع وقال الشافعي يستحق عليه حظ ربع البديل وهو قول عثمان رضي الله عنه لظاهر قوله تعالى وآتوهم من مال الله الذي آتاكم فإن الأمر المطلق للوجوب والجواب أن دلالة الآية على ذلك خفيفة جدا لأنه قال من مال الله وهو يطلق على أموال القرب كالصدقات والزكوات فكان الله أمرنا أن نعطي المكاتبين من صدقاتنا ليستعينوا به على أداء الكتابة والمأمور به الابتاء وهو الإعطاء والحظ لا يسمى إعطاء والمال الذي آتانا الله هو ما في أيدينا لا الوصف الثابت في ذمة المكاتبين فحمله على حظ ربع بدل الكتابة عمل بلا دليل ولو سلم فالمراد به النذب كالذي في قوله فكانتوبهم لا يقال القرآن في النظم لا يجب القرآن موجب بل نقول الأمر المطلق عن قرينة غير الوجوب للوجوب وقوله فكانتوبهم قرينة لذلك قال (ويجوز أن يشترط المال حالا) بدل الكتابة يجوز أن يشترط كونه حالا وموجلا غير منجم ومنجم عندنا (وقال الشافعي لا بد من نجمة لأنه عاجز عن التسليم في قليل من الزمان) نظروا من يدموا (٣٣١) مفلسا لم يكن قبل العقد أهلا للملك

المال والعاجز عن التسليم لا بد له من أجل يقدر به على تسليم البديل فإن قيل المسلم إليه عاجز عن التسليم لأنه لو قدر عليه لما رضى بأخس البديلين فلا بد له من أجل أجاب بقوله (بخلاف السلم على أصله لأنه أهل للملك قبل العقد لكونه حرا فكان احتمال القدرة ثابتا وقد دل الإقدام على العقد عليها فثبت) ولقائل أن يقول احتمال القدرة في حق المكاتب أثبت لأن المسلمين مأمورون بآبائهم والطرق متسعة استئذان واستقراض واستئجاب واستعانة بالزكوات والكفارات والعشور والصدقات وقد دل الإقدام على العقد عليها فثبت (ولنا قوله تعالى فكانتوبهم من غير شرط التخييم ولا أنه

ولا يجب حظ شيء من البديل اعتبارا بالبيع قال (ويجوز أن يشترط المال حالا ويجوز مؤجلا ومنجما) وقال الشافعي رحمه الله لا يجوز حالا ولا بد من نجمة لأنه عاجز عن التسليم في زمان قليل لعدم الأهلية قبله الرق بخلاف السلم على أصله لأنه أهل للملك فكان احتمال القدرة ثابتا وقد دل الإقدام على العقد عليها فثبت ولنا ظاهر ما تلونا من غير شرط التخييم ولأنه عقد معاوضة والبديل معقوده فأشبهه الثمن في البيع في عدم اشتراط القدرة عليه بخلاف السلم على أصله لأن المسلم فيه معقود عليه فلا بد من القدرة عليه ولأن مبنى الكتابة على المساهلة فيه له المولى ظاهر بخلاف السلم لأن مبناه على المضايقة وفي الحال كما امتنع من الإداء ورد إلى الرق

واسئل القرية أي أهل القرية إلى غير ذلك فلا معنى لرد كلام الثقات بما هو وهم محض (قوله ولا يجب حظ شيء من البديل اعتبارا بالبيع) وقال الشافعي يستحق عليه حظ ربع البديل وهو قول عثمان رضي الله عنه لظاهر قوله تعالى وآتوهم من مال الله الذي آتاكم فإن الأمر المطلق للوجوب والجواب أن دلالة الآية على ذلك ممنوعة لأنه قال من مال الله وهو يطلق على أموال القرب كالصدقات والزكوات فكان الله تعالى أمرنا أن نعطي المكاتبين من صدقاتنا ليستعينوا به على أداء الكتابة والمأمور به الابتاء وهو الإعطاء والحظ لا يسمى إعطاء والمال الذي آتانا الله هو ما في أيدينا لا الوصف الثابت في ذمة المكاتبين فحمله على حظ ربع بدل الكتابة عمل بلا دليل ولو سلم فالمراد به النذب كالذي في قوله فكانتوبهم لا يقال القرآن في النظم لا يجب القرآن في الحكم لأنالم نجعل القرآن موجب بل نقول الأمر المطلق عن قرينة غير الوجوب للوجوب وقوله فكانتوبهم قرينة لذلك كذا في العناية (أقول) فيه نظر لأن قوله تعالى فكانتوبهم لا يصلح أن يكون قرينة لكون الأمر في قوله وآتوهم لغير الوجوب بدون ملاحظة إيجاب القرآن في نظم القرآن في الحكم إذ دلالة الآية مجرد كون أمر لغير الوجوب على كون أمر آخر أيضا لذلك حتى يجعل كون الأمر في قوله بعد فكانتوبهم للنذب قرينة لكون الأمر في وآتوهم أيضا لذلك (قوله بخلاف السلم على أصله لأنه أهل للملك فكان احتمال القدرة ثابتا وقد دل الإقدام على العقد عليها فثبت) قال صاحب العناية ولقائل أن يقول احتمال القدرة في حق المكاتب أثبت لأن المسلمين مأمورون

عقد معاوضة) وهو نعمت المعقود عليه والمعهود به ووجود المعقود عليه لا بد منه لأنه صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع ما ليس عند الإنسان ووجود المعقود به ليس كذلك للإجماع على جواز ابتياع من لا يملك الثمن (وبدل الكتابة معقود عليه لا محالة فأشبهه الثمن في البيع) والقدرة عليه ليست بشرط فكذا على البديل والمسلم فيه معقود عليه ووجوده شرط فأشبهه المبيع فلا بد من القدرة عليه كما عرف من أصلنا وكذا ذكرنا في التقرير مستوفى ولأن مبنى الكتابة على المساهلة لأنه عقد تكرم إذا العبد وما علكم لولاء فالتظاهر من مولاه أن يمهله فإن لم يمهله وطالبه بالإداء امتنع عنه رد رقيقا بالتراضي أو بقضاء القاضي (بخلاف السلم فإن مبناه على المضايقة) فليس الإمهال فيه ظاهرا

(قوله والجواب أن دلالة الآية على ذلك خفيفة جدا) أقول الأنسب لسياق كلامه أن يقول لادلالة الآية على ذلك (قوله وقوله فكانتوبهم قرينة لذلك) أقول فيه تأمل فإن كونه قرينة مانعة للحمل على الوجوب غير مسلم

ويجوز حالا (وكتابة العبد الصغير الذي يعقل البيع والشرا جائرة) لتحقيق الركن منه وهو (الإيجاب والقبول إذا عاقل من أهل القبول والتصرف نافع في حقه) ولا يجوز بالنسبة إلى المنافع (وخالفنا الشافعي فيه وهو) أي هذا الخلاف منه (بناء على مسألة أذن الصبي في التجارة) فإنه لا يجوز لأنه ليس من أهل التصرف فلا يصح الأذن له وعندنا هو من أهل التصرف إذا عقل العقد ونقصان رأيه يجبر برأى المولى والتصرف نافع فيصح الأذن (بخلاف ما إذا كان لا يعقل العقد لأن القبول لا يتحقق منه والعقد لا ينعقد حتى لو أدى عنه غيره لا يعتق ويسترد ما دفع) (قوله ومن قال لعبد جعلت عليك ألفاً تؤديها إلى نجوم ما أول نجم كذا أو آخره كذا فإذا أديتها فانت حر) لبيان ما يفيد فائدة الكتابة بلفظها (٢٣٢) فإن المجموع المذكور مفيد لذلك فإن قوله جعلت عليك كذا على أن تؤديها

قال (ويجوز كتابة العبد اله غير ذاك كان يعقل الشراء والبيع) لتحقيق الإيجاب والقبول إذا عاقل من أهل القبول والتصرف نافع في حقه والشافعي يخالف فيه وهو بناء على مسألة أذن الصبي في التجارة وهذا بخلاف ما إذا كان لا يعقل البيع والشراء لأن القبول لا يتحقق منه فلا ينعقد العقد حتى لو أدى عنه غيره لا يعتق ويسترد ما دفع قال (ومن قال لعبد جعلت عليك ألفاً تؤديها إلى نجوم ما أول النجم كذا وآخره كذا فإذا أديتها فانت حر وان عجزت فانت رقيق فان هذه مكتوبة) لأنه أي بتفسير الكتابة ولو قال إذا أدبت إلى ألفاً كل شهر مائة فانت حر فهذه مكتوبة في رواية أبي سليمان لأن التخصيم يدل على الوجوب وذلك بالكتابة وفي نسخ أبي حفص لا تكون مكتوبة اعتباراً بالتعليق بالأداء مرة قال (وإذا صحت الكتابة خرج المكاتب عن يد المولى ولم يخرج عن ملكه)

باعتائه والطرق متسعة استدانة واستقراض واستيهاب واستعانة بالزكوات والكفارات والعشور والصدقات وقد دلل الأقدام على العقد عليها فثبت انبغى واقتنى أثره الشارح العيني (أقول) هذا السؤال ليس بوارد لأنه إن أريد به أن احتمال القدرة قبل العقد أثبت في حق المكاتب فليس بذلك قطعاً إلا أهلية فيه لذلك قبل العقد قط فاني بنبته احتمال القدرة على المال قبله فإن أريد به أن احتمال القدرة عقب العقد أثبت في حقه فهو مسلم ولكن لا يجدي نفعاً لأن مدار فرق الشافعي بين الكتابة وبين السلم على أصله انما هو ثبوت احتمال القدرة على المبيع للعاقدة قبل العقد في السلم لتكون العاقدة فيه أهلاً لذلك قبل العقد بخلاف الكتابة فإن العاقدة فيه ليس بأهل لذلك قط قبل العقد فلا يتصور ثبوت احتمال القدرة على البدل قبل العقد وهذا أمر ضروري لا مجال لانكاره فلا وجه للناقشة فيه كما فعله الشارحان المزبوران والحق في الجواب عما قاله الشافعي هنا أن يسلك طريقة القول بالموجب فيقال سلمنا أن العبد قبل عقد الكتابة لا يملك شيئاً من الأموال ولا يقدر عليه لعدم أهليته لذلك قبله ولكن ثبوت الملك والقدرة عليه حال العقد انما يشترط في حق المعقود عليه دون المعقود به ألا يرى أن المفلس لو اشترى أموالاً عظيمة أصبح شراؤه وإن لم يكن هو مال الكاشي من الثمن وبذل الكتابة معقوده فلا يلزم أن يكون العبد مال كاله حال عقد الكتابة بخلاف المسلم فيه فإنه معقود عليه وقد أشار إليه المصنف فيما بعد حيث قال ولأنه عقد معاوضة وبدل معقوده فأشبهه الثمن في البيع في عدم اشتراط القدرة عليه بخلاف السلم على أصلنا لأن المسلم فيه معقود عليه فلا بد من القدرة عليه اه تدبر

إلى نجوم ما يجتمع من معنى الكتابة ومعنى الضريبة فالمولى يستأدى عبده الضريبة ولا تسعين جهة الكتابة ما لم يقبل فإذا أدبت فانت حر وأما قوله وان عجزت فانت رقيق ليس بسلازم وانما ذكره لحث العبد على أداء المال عند النجوم والكتابة بدونه صحيحة ولو قال إذا أدبت إلى ألفاً كل شهر مائة فانت حر اختلفت الرواية في رواية أبي سليمان هو مكتوبة لأن التخصيم يدل على الوجوب لأنه يستعمل في التيسير وذلك في المال ولا يجب المال إلا بالكتابة لأن المولى لا يستوجب على عبده ديناً إلا في الكتابة وفي نسخة أبي حفص قبل أي في روايته لا تكون مكتوبة قال فخر الإسلام وهو الأصح اعتباراً بعمله قال إذا أدبت إلى ألفاً في

هذا الشهر فانت حر فإنه لا يكون كتابة والتخصيم ليس من خواص الكتابة حتى يجعل تفسير الهالالة يدخل في سائر الديون وقد تخلوا الكتابة عنه ولم يوجد لفظ يختص بالكتابة ليكون تفسيراً فلا يكون كتابة قال (وإذا صحت الكتابة خرج المكاتب عن يد المولى ولم يخرج عن ملكه) وإذا صحت الكتابة بمخاوها على المفسد بعد تحقق القرضى خرج المكاتب عن يد المولى ولم يخرج عن ملكه

(قوله وكتابة العبد الصغير الذي يعقل البيع والشرا جائرة لتحقيق الركن منه) أقول فيه بحث ثم الظاهر أن يقال فيما يدل قوله منه (قوله ليمان ما يفيد الخ) أقول ناظر لقوله قوله ومن قال لعبد الخ (قوله لأنه يستعمل في التيسير وذلك في المال) أقول يعني في المال الواجب وأشار بقوله ذلك إلى التيسير (قوله والتخصيم ليس من خواص الكتابة الخ) أقول والتخصيم في العبد يوجد في الضريبة وفيه تأمل

(أما الخروج من يده فلتحقيق معنى الكتابة) لغة (وهو الضم فيضم مالكيته يده) الحاصلة في الحال (إلى مالكيته نفسه) التي تحصل عند الاداء فان قيل ضم الشيء إلى الشيء يقتضي وجودهما ومالكيته النفس في الحال ليست بوجوده فكيف يتحقق الضم أجيب بأن مالكيته النفس قبل الاداء ثابتة من وجه ولهذا وجب عليه المولى وجب عليه الارش ولو وطئ المكتبة لزمه العقر فيتحقق الضم (أول تحقيق مقصود الكتابة وهو أداء البدل في ملك البيع والشراء والخروج إلى السفر) طويلا كان أو غيره (نهاء المولى عنه أولا) لان مقصود المولى وهو أداء البدل قد لا يتحقق إلا بالسفر (وأما عدم الخروج عن ملكه فلما روينا) من قوله صلى الله عليه وسلم المكاتب عبد ما بقي عليه درهم (ولانه عقد معاوضة) كما مر (ومبناه على المساواة وينعدم ذلك) أي المساواة باعتبار التساوي (أن تنجز العتق ويتحقق أن تأخر لانه ثبت للمكاتب نوع مالكيته) وهو مالكيته اليد (فيثبت في ذمته حق من وجه) وهو أصل البدل وانما كان حقا من وجه لضعفه فانه ثابت في الذمة مع المنافي اذا المولى لا يستوجب على عبده دينا ولهذا لا تصحبه (٣٣٣) الكفالة ولو ثبت العتق ناجزا كما

قال به ابن عباس رضي الله عنهما على ما مر فانت المساواة لا بقال المساواة فائتة على ذلك التقدير أيضا لان نوع المالكية ثابت لمن كل وجه والحق الثابت عليه من وجه فأن المساواة لان نوع مالكيته أيضا ضعيف لبطلانه بعوده رقيقا (فان تنجز المولى عتقه عتق بعتقه) لا بالكتابة المتقدمة (لانه مال لا رقبته) فيجوز له ان يلاف ملكه (وسقط عنه بدل الكتابة) لحصول ما يقابل مجانا (واذا وطئ المولى مكاتبته لزمه العقر لا خصا صه بأجزائها تولا إلى المقصود بالكتابة وهو الوصول إلى البدل من جانبه وإلى الحرية من جانبها بناء عليه) أي على الوصول إلى البدل من جانبه

أما الخروج من يده فلتحقيق معنى الكتابة وهو الضم فيضم مالكيته يده إلى مالكيته نفسه أول تحقيق مقصود الكتابة وهو أداء البدل في ملك البيع والشراء والخروج إلى السفر وان نهاء المولى وأما عدم الخروج عن ملكه فلما روي بناولانه عقد معاوضة ومبناه على المساواة وينعدم ذلك بتنجز العتق ويتحقق تأخره لانه يثبت له نوع مالكيته ويثبت له في الذمة حق من وجه (فان أعتقه عتق بعتقه) لانه مالك لرقبته (وسقط عنه بدل الكتابة) لانه ما لزمه الا مقابلا بحصول العتق به وقد حصل دونه قال (واذا وطئ المولى مكاتبته لزمه العقر) لانها صارت أخص بأجزائها تولا إلى المقصود بالكتابة وهو الوصول إلى البدل من جانبه وإلى الحرية من جانبها بناء عليه ومنافع البضع ملحقة بالأجزاء والاعيان (وان جنى عليها أو على ولدها لزمته الجناية) لما بينا (وان أنلف مالها غرم) لان المولى كالأجنبي في حق كسائها ونفسها اذ لو لم يجعل كذلك لآتلفه المولى فيمتنع حصول الغرض المستغنى بالعقد والله أعلم بالصواب

(قوله أما الخروج من يده فلتحقيق معنى الكتابة وهو الضم فيضم مالكيته يده إلى مالكيته نفسه) قال صاحب العناية في شرح هذا المحل أما الخروج من يده فلتحقيق معنى الكتابة لغة وهو الضم فيضم مالكيته يده الحاصلة في الحال إلى مالكيته نفسه التي تحصل عند الاداء وقال فان قيل ضم الشيء إلى الشيء يقتضي وجودهما ومالكيته النفس في الحال ليست بوجوده فكيف يتحقق الضم أجيب بأن مالكيته النفس قبل الاداء ثابتة من وجه ولهذا وجب عليه المولى وجب عليه الارش وان وطئ المكتبة لزمه العقر فيتحقق الضم انتهى كلامه (أقول) فيه خلل لان هذا الجواب يناقض قوله فيما قبل إلى مالكيته نفسه التي تحصل عند الاداء لان مقتضى هذا الجواب أن يكون المضموم والمضموم اليه موجودين في الحال ومدلول ما قاله أولا أن يكون المضموم اليه حاصلا عند الاداء لا في الحال والا يلزم أن يكون قوله التي تحصل عند الاداء لغوا محضاً كما لا يخفى ثم ان بعض الفضلاء بعد أن تنبه لما قلنا قال ولا يخفى عليه أن أيضاً الجواب عن هذا السؤال لا يحتاج إلى هذا بل يجوز أن يقال الضم انما يتحقق حين

(٣٠ - تكملة سابع) (ومنافع البضع ملحقة بالأجزاء والاعيان) فابلها الشرع بالاعيان قال الله تعالى أن تتنوا بأموالكم وألزم العقر عند استحقاق الجارية وعند وطئها بشبهة ولو كان الوطء لا خذا المنفعة ليقدر بقدر الاستعمال وليس كذلك فانه يلزم بإيلاج واحد (وان جنى عليه أو على ولدها لزمه الجناية) وقوله (لما بينا) إشارة إلى قوله لانها صارت أخص بأجزائها

(قوله أجيب بأن مالكيته النفس قبل القضاء ثابتة) أقول فيه بحث وما أسرع ما نسي قوله التي تحصل عند الاداء ولا يخفى عليه أيضاً أن الجواب عن هذا السؤال لا يحتاج إلى هذا بل يجوز أن يقال الضم انما يتحقق حين وجود مالكيته النفس على قياس ضم النجم إلى النجم ثم وجوب الارش ولزوم العقر لمالكيته اليد لمالكيته النفس (قوله وينعدم ذلك أي المساواة الخ) أقول فان قيل اذا أدى المكاتب بعض البدل على ملكه المولى ولا يحصل بمقابلته شيء للمكاتب فينتفي التساوي قلنا بل يحصل له تأكد مالكيته ولهذا لا يبقى محل للتكفير كما سبق في باب الكفارة قال المصنف (واذا وطئ المولى مكاتبته لزم العقر) أقول قال صاحب التسهيل ولو شرط وطأها في العقد لا يضمن العقر انتهى وفي غاية البيان في أوائل باب ما يجوز للمكاتب أن يتهمة عليه ما يخالفه

فصل في الكتابة الفاسدة وجه تأخير الفاسدة عن الصحيحة لا يخفى على أحد قال (واذا كاتب المسلم عبده) جمع ههنا أمورا يفسد عقد الكتابة به اذ كرم بعضها أصالة وبعضها استشهادا وإذا كاتب المسلم عبده (على خرا أو خنزير أو على قيمة العبد نفسه) أو على ثوب أو دابة أو على مينة أو دم) فالكتابة فاسدة أما الخمر والخنزير فلا تنهم ما ليس بأعمال متقوم في حقه فهو لا يستحقهما فكان عقدا بابل بدل وهو فاسد وأما قيمة العبد فلا تنهم بجهالة فاحشة لجهالة القدر والخمس والوصف) وكذلك الثوب والدابة وأما الدم والمينة فلماذا كرمنا في الخمر والخنزير بل أولى على ما نذكره وإذا عرف ذلك (فإن أدى الخمر والخنزير عتق) سواء قال له إن أدبت إلى فانت حرا ولم يقل في ظاهر الرواية عند علمائنا الثلاثة (وقال زفر لا يعتق) (٣٣٤) الأبداء قيمة نفسه لأن البذل في الكتابة الفاسدة (هو القيمة) كافي البيع الفاسد ووقع في

بعض نسخ الهداية الأبداء قيمة الخمر قيل وهو مخالف لعامة روايات الكتب (وعن أبي يوسف أنه يعتق بأداء عين الخمر لأنه بدل صورة ويعتق بأداء القيمة أيضا) قيل أي بأداء قيمة نفسه (لأنه البذل معنى) قال في النهاية وهذا الحكم الذي ذكره هو ظاهر الرواية عند علمائنا الثلاثة على ما ذكره في المبسوط والذخيرة فعلى هذا كان من حقه أن لا يخص أبا يوسف وإن لا يذكر بكلمة عن قلت صحيح إن كان الألف واللام في القيمة بدلا عن نفسه وأما إذا كان بدلا عن الخمر كما ذكر في بعض الشروح فيجوز أن يكون ذلك غير ظاهر الرواية عن أبي يوسف (وعن أبي حنيفة أنه إنما يعتق بأداء عين الخمر إذا قال إن أدبتها فانت حر لأنه حينئذ يكون العتق بواسطة حصول شرط تعلق

فصل في الكتابة الفاسدة قال (واذا كاتب المسلم عبده على خرا أو خنزير أو على قيمة نفسه) فالكتابة فاسدة أما الأول فلأن الخمر والخنزير لا يستحقهما المسلم لأنه ليس بحال في حقه فلا يصلح بدلا فيفسد العقد وأما الثاني فلأن القيمة مجهولة قدرها وجفسا ووصفا فتباحست الجهالة وصار كما إذا كاتب على ثوب أو دابة ولأنه تنصيص على ما هو موجب للعقد الفاسد لأنه موجب للقيمة قال (فإن أدى الخمر عتق) وقال زفر لا يعتق الأبداء قيمة نفسه لأن البذل هو القيمة وعن أبي يوسف رحمه الله أنه يعتق بأداء الخمر لأنه بدل صورة ويعتق بأداء القيمة أيضا لأنه هو البذل معنى وعن أبي حنيفة رحمه الله أنه إنما يعتق بأداء عين الخمر إذا قال إن أدبتها فانت حر لأنه حينئذ يكون العتق بالشرط لا بعقد الكتابة وصار كما إذا كاتب على مينة أو دم ولا فصل في ظاهر الرواية ووجه الفرق بينهما وبين المينة أن الخمر والخنزير مال في الجملة فأمكن اعتبار معنى العقد فيه وموجبه العتق عند أدائه العوض المشروط وأما المينة فليست بمال أصلا فلا يمكن اعتبار معنى العقد فيه فاعتبر فيه معنى الشرط وذلك بالتنصيص عليه

وجود مال كية النفس على قياس ضم النجم إلى النجم انتهى (أقول) ليس هذا بسديد اذ لو كفى بتحقيق الضم حين مال كية النفس لبطل أصل كلام المصنف وهو قوله أما الخروج من يده فلتحقيق معنى الكتابة وهو الضم فان تحقق الضم حين مال كية النفس لا يتوقف على الخروج من يده في الحال بل يتيسر بالخروج من يده حين مال كية النفس التي تحصل عند الاداء على ما مر وبقي السؤال والجواب على تصحيح كلام المصنف فلا بد من المصير إلى تحقيق معنى الضم في الحال

فصل في الكتابة الفاسدة آخر الكتابة الفاسدة عن الصحيحة لا شطاط رتبة الفاسدة عن الصحيحة (قوله أما الأول فلأن الخمر والخنزير لا يستحقهما المسلم) عبر عن مسئلتى الكتابة على الخمر والكتابة على الخنزير بالأول دون الأولين لا لتحادهما في جهة الفساد وهى عدم تحقق المالية في شيء من الخمر والخنزير في حق المسلم فكأنهما ماصارا مسئلة واحدة والافهما مسئلتان مستقلتان في الحقيقة كمسئلة الكتابة على قيمة العبد وقد أومأ إلى هذه النكتة في بسط نفس المسائل أيضا حيث أعاد كلمة على عند ذكر القيمة دون ذكر الخنزير كما ترى ولهذا عبر عن عقد الكتابة على قيمة العبد بالثاني فقال وأما الثاني فلأن القيمة مجهولة الخ مع أنه في الحقيقة مسئلة ثالثة بلا ريب (قوله وعن أبي يوسف أنه يعتق بأداء الخمر لأنه بدل صورة ويعتق بأداء القيمة أيضا لأنه هو البذل معنى) قال صاحب النهاية وهذا الحكم الذي ذكره هو ظاهر

به العتق وصار كما إذا كاتب كتابة على مينة أو دم) فإنه لا يعتق بتسليم عينها إلا إذا قال إن أدبت إلى فانت حر (وجه ظاهر الرواية) وهو الفرق بين الخمر والمينة (إن الخمر والخنزير مال في الجملة فأمكن اعتبار معنى العقد فيه وموجبه العتق عند أدائه البذل المشروط بخلاف المينة فأنه ليست بمال أصلا فلا يمكن اعتبار معنى العقد فيه فاعتبر فيه معنى الشرط وذلك بالتنصيص عليه

فصل في الكتابة الفاسدة (قوله وأما إذا كان بدلا عن الخمر كما ذكر في بعض الشروح) أقول ونظيره ما سيجي من رواية عن أبي يوسف فيما إذا كاتب عبده على عين بعينه لغيره أنه يجوز زفر رواية عنه أجاز ذلك صاحب المال أولم يجوز غير أنه عند الإجازة يجب تسليم عينه وعند عدمها يجب تسليم قيمته كافي النكاح ثم المراد من بعض الشروح هو غاية البيان قال في المجموع ويحكم به لا دأئها عينها أو قيمتها انتهى ابن فرشته أي قيمة عين الخمر انتهى قوله ويحكم به أي ويحكم أبو يوسف به أي بالعتق

وإذا عتق بأداء عين الخمر لزمه أن يسمى في قيمته لانه وجب عليه رد قيمته لفساد العقد وقد تعدد الرد بالعتق فيجب رد قيمته كافي البيع الفاسد اذا تلف المبيع و) تجب القيمة بالغة ما بلغت (لا ينقص عن المسمى ويزاد عليه لانه عقد فاسد فتجب القيمة عند هلاك المبدل بالغة ما بلغت وهذا) أي وجوب القيمة بالغة ما بلغت (لان المولى مارضى بالنقصان) سواء كان في المسمى أو في القيمة لانه يخرج ملكه في مقابلة بدل فلا يرضى بالنقصان لان بعدم الاخراج يبقى ملكه على ما كان فلا يفوت له شيء (والعبد رضى بالزيادة) سواء كانت في القيمة أو في المسمى (كي لا يبطل حقه في العتق أصلاً) فانه ان لم يرض بها يمنع المولى عن العقد فيفوت به ادراكه شرف الحرية ولعل التصور على هذا الوجه يسقط ما قيل اعتبار القيمة انما هو بعد وقوع العتق بأداء عين الخمر (٢٣٥) فكيف يتصور بطلان حقه في العتق أصلاً بعدم الرضا بالزيادة

أصل لا بعدم الرضا بالزيادة لان اعتبار الزيادة والنقصان على ما ذكرنا انما هو عند ابتداء العقد لا في بقائه

قال المصنف (ولا ينقص عن المسمى ويزاد عليه) أقول قال مصدر الشريعة هذه مسألة مبتدأة لا تعلق لها بمسألة الخمر والخنزير ومعناها أن القيمة في الكتابة الفاسدة اذا كانت من جنس المسمى فان كانت ناقصة عن المسمى لا ينقص عن المسمى وان كانت زائدة زيدت عليه ووضع المسئلة في المبسوط فيما اذا كاتب عبده بألف على أن يخدمه أبداً فالكتابة فاسدة فتجب القيمة فان كانت ناقصة عن الألف لا ينقص وان كانت زائدة زيدت عليه ولا يخفى عليك أن ما ذكره من أنه لا تعلق لها بمسألة الخمر والخنزير بخالف لما في

(وإذا عتق بأداء عين الخمر لزمه أن يسمى في قيمته) لانه وجب عليه رد قيمته لفساد العقد وقد تعدد الرد بالعتق فيجب رد قيمته كافي البيع الفاسد اذا تلف المبيع قال (ولا ينقص عن المسمى ويزاد عليه) لانه عقد فاسد فتجب القيمة عند هلاك المبدل بالغة ما بلغت كافي البيع الفاسد وهذا لان المولى مارضى بالنقصان والعبد رضى بالزيادة كي لا يبطل حقه في العتق أصلاً فتجب قيمته بالغة ما بلغت

الرواية عند علماءنا الثلاثة على ما ذكره في المبسوط والخبره فعلى هذا كان من حقه أن لا يخص أبا يوسف وإن لا يذكر بكلمة عن انتهى وقال صاحب العناية بعد نقل ما في النهاية قلت صحيح ان كان الألف واللام في القيمة بدلا عن نفسه وأما اذا كان بدلا عن الخمر كاذكر في بعض الشروح فيجوز أن يكون ذلك غير ظاهر الرواية عن أبي يوسف انتهى وقال الشارح العيني بعد نقل ما في النهاية والعناية جميعا قلت سواء جعل الألف واللام في القيمة بدلا عن نفسه أو عن الخمر فعتقه بأداء الخمر هو ظاهر الرواية عندهم والشراح ما جعلوا الألف واللام في القيمة البدلا عن نفسه كما صرح به تاج الشريعة وغيره انتهى (أقول) ما قاله الشارح العيني ليس بشيء أما أولاً فلأن ظاهر الرواية انما هو عتقه بأداء الخمر وبأداء قيمة نفسه والمروى عن أبي يوسف هي نكلمة عن على تقدير أن يجعل الألف واللام في القيمة بدلا عن الخمر انما يكون عتقه بأداء عين الخمر وبأداء قيمة الخمر وهذا غير ظاهر الرواية قطعاً لا يارهن من استمرار الروايتين في أحد الجزأين وهو عتقه بأداء عين الخمر اتحادهما ضرورة اختلافهما بالجزء الآخر وهو عتقه بأداء قيمة نفسه في ظاهر الرواية وعتقه بأداء قيمة الخمر في الرواية الأخرى فقوله سواء جعل الألف واللام في القيمة بدلا عن نفسه أو عن الخمر فعتقه بأداء الخمر هو ظاهر الرواية عندهم لغو محض وأما ثانياً فلا ن صاحب غايه البيان من الشراح جعل الألف واللام في القيمة بدلا عن الخمر حيث قال في شرح المقام وأبو يوسف قال ان كل واحد من عين الخمر وقيمة مبدل الخمر باعتبار الصورة والقيمة باعتبار المعنى فعتق اذا أدى أيهما كان انتهى. وأشار الى ذلك صاحب العناية بقوله وأما اذا كان بدلا عن الخمر كاذكر في بعض الشروح فقوله العيني والشراح ما جعلوا الألف واللام في القيمة البدلا عن نفسه ان أراد به الكلية كما هو الظاهر فليس بصحيح والافليس عقيب (قوله وهذا لان المولى مارضى بالنقصان والعبد رضى بالزيادة كي لا يبطل حقه في العتق أصلاً فتجب قيمته بالغة ما بلغت) قال صاحب العناية في شرح هذا المقام وهذا أي وجوب القيمة بالغة ما بلغت لان المولى مارضى بالنقصان سواء كان في المسمى أو في القيمة لانه يخرج ملكه في مقابلة بدل فلا يرضى بالنقصان لان بعدم الاخراج

شروح الهداية (قوله وهذا أي وجوب القيمة بالغة ما بلغت) أقول لا يخفى عليك أن قوله لان المولى مارضى بالنقصان لا يلائم هذا التفسير والظاهر أنه إشارة الى قوله ولا ينقص عن المسمى ويزاد عليه وقوله فتجب قيمته بالغة ما بلغت تقرير على قوله والعبد رضى الخ (قوله لانه يخرج ملكه في مقابلة بدل الخ) أقول في دلالاته على عدم رضا المولى بالنقصان في المسمى تأمل وقوله فلا يرضى بالنقصان ان أراد عن المسمى فسلم لكن مدعاة عام وان أراد عن القيمة أو الاعم فممنوع ولادلالة عليه في قوله لان بعدم الاخراج الخ (قوله فانه ان لم يرض بها يمنع المولى عن العقد فيفوت به ادراكه شرف الحرية) أقول كأنه يريد أن الرضا بالعقد الفاسد رضا بالزيادة سواء كانت في القيمة أو في المسمى اذ ذلك موجب الكتابة الفاسدة فلو لم يرض بالزيادة أي بما هو هو العقد الفاسد منع المولى عنه فيفوت ادراكه شرف الحرية فليتأمل

وفيما اذا كاتبه على قيمته يعتق بأداء القيمة لانه هو البذل وأمكن اعتبار معنى العقد فيه وأثر الجهالة في الفساد

(وفيما اذا كاتبه على قيمته يعتق بأداء قيمته لانه هو البذل وأمكن اعتبار معنى عقد الكتابة في القيمة) لا يفسد العقد بالمسلم تسلمه ولم يذكر أن القيمة بماذا تعرف قيل تعرف بأحد أمرين إما أن يتصادق على أن ما أدى قيمته فينت كون المؤدى قيمته يتصادقهما لأن الحق فيما بينهما لا يعدوهما نصار كضمان الغصب والبيع الفاسد واما بتقويم المقومين فان اتفق الاثنان منهم على شيء جعل ذلك قيمة وان اختلفا لا يعتق ما لم يؤد أقصى القيمتين لأن شرط العتق لا يثبت الا بيقين فان قيل القيمة مجهولة فكان الواجب أن يقيم البطلان ولا يعتق بأداء القيمة أجاب بقوله (وأثر الجهالة في الفساد) أي لافي البطلان كافي البيع فانها تفسده لا تبطله فان قيل الكتابة على ثوب كالكتابة على قيمة العبد فكان ينبغي أن يعتق بأداء ثوب كما يعتق بأداء القيمة

يبقى ملكه على ما كان فلا يفوت له شيء والعبد رضى بالزيادة سواء كانت في القيمة أو في المسمى كي لا يبطل حقه في العتق أصلا فإنه ان لم يرض به امتنع المولى عن العقد فيفوت له ادراك شرف الحرية انتهى كلامه (أقول) هذا الشرح غير مطابق للشرح وغير تام في نفسه أما الاول فلا أن الظاهر أن كلمة هذا في قول المصنف وهذا الإشارة الى مضمون قوله ولا تنقص عن المسمى ويزاد عليه والمعنى وهذا أي ما ذكر من عدم النقصان عن المسمى والزيادة عليه لأن المولى ماضى بالنقصان عن المسمى والعبد رضى بالزيادة عليه كي لا يبطل حقه في العتق بالكلية حينئذ ينتظم الدليل والمدعي بلا كلفة أصلا ويرشد اليه تحرير صاحب الكافي حيث قال ولا تنقص عن المسمى وتزاد عليه لأن المكاتب رضى بالمسمى وزيادة كي لا يبطل حقه في العتق أصلا والمولى ماضى بالنقصان عنه اهـ وأما على ما ذكره صاحب العناية من كون كلمة هذا إشارة الى وجوب القيمة بالغة ما بلغت فيتمهل كلام المصنف لانه إما أن يكون المراد بالنقصان في قوله لأن المولى ماضى بالنقصان هو النقصان عن القيمة فيلزم أن يكون قوله فيما قبل ولا ينقص عن المسمى خاليا عن التعليل والبيان بالكلية مع انه مطلب مقصود بالبيان ههنا كما لا يخفى أو يكون المراد بذلك هو النقصان عن المسمى فيلزم أن لا يطابق الدليل المدعى وان لا يفيد هذا لا يستدعي عدم رضا المولى بالنقصان عن المسمى الا وجوب المسمى دون وجوب القيمة بالغة ما بلغت لجواز أن تكون القيمة أكثر من المسمى أو يكون المراد بذلك هو النقصان عن المسمى والقيمة جميعا كما يفصح عنه قول الشارح المزبور لأن المولى ماضى بالنقصان سواء كان في المسمى أو في القيمة فيرد عليه أن عدم رضا بالنقصان عن المسمى مما لا مدخل له في وجوب القيمة بالغة ما بلغت فإمعن تعميم النقصان ههنا بالنقصان عن المسمى فلعل الشارح المزبور إنما اغتر بقول المصنف في آخر كلامه فتجب بالغة ما بلغت ولكنه تغر ببيع على قوله والعبد رضى بالزيادة الخ لا على مجموع الدليل فلا وجه للاغترار بذلك أيضا وأما الثاني أي أنه غير تام في نفسه فلا أن قوله لأن المولى ماضى بالنقصان سواء كان في المسمى أو في القيمة ممنوع كيف وتنصيص المولى على قدر معين مسمى دليل على رضاه به قطعاً سواء كان ناقصاً عن القيمة أم لا لا يخالف رضاه انما هو النقصان عن المسمى لا غير ولو سلم ذلك فينتقض بالكتابة الصحيحة اذا كان البذل المسمى فيها أقل من القيمة فانه لا يجب هناك الزيادة على المسمى من القيمة قطعاً مع جريان الدليل المذكور ههنا في تلك الصورة أيضاً على تقدير صحة تعميم النقصان في قوله لأن المولى ماضى بالنقصان للنقصان الكائن في المسمى وفي القيمة تأمل توقف ثم قال صاحب العناية ولعل التصور على هذا الوجه يسقط ما قيل باعتبار القيمة انما هو بعد وقوع العتق بأداء عين الخرف فكيف يتصور بطلان حقه في العتق أصلا بعدم الرضا بالزيادة لأن اعتبار الزيادة والنقصان على ما ذكرنا انما هو عند ابتداء العقد لا في بقائه اهـ (أقول) لا يخفى على ذي فطرة سليمة أن الذي يلزم من عدم الرضا بالزيادة عند ابتداء العقد انما هو عدم ثبوت العتق له رأساً لا بطلان حقه في العتق بعد ثبوت حقه فيه كما تقتضيه عبارة المصنف وهي قوله كي لا يبطل حقه في العتق اذا الظاهر أن بطلان حق شخص في شيء انما يكون بعد تعلق حقه به أولاً ومورد ما قيل انما هو قول المصنف كي لا يبطل حقه في العتق أصلاً كما صرح به في النهاية وغيره فكيف يسقط ذلك باعتبار الشارح المزبور الزيادة والنقصان عند ابتداء العقد وأجاب جماعة من الشراح عن ذلك السؤال بوجه آخر حيث قالوا فان قيل ما وجه قوله كي لا يبطل حقه في العتق واعتبار القيمة بعد وقوع العتق بأداء الخرف وأنه لا يقبل البطلان فكيف يتصور بطلان حقه في العتق فلنا يحتمل أن يكون القاضي يرى صحة

بمخلاف ما إذا كاتبه على ثوب حيث لا يعتق بأداء ثوب لانه لا يوقف فيه على مراد العاقد لا خلاف
أجناس الثوب فلا يثبت العتق بدون ارادته

ماروى عن أبي حنيفة أنه إذا كاتبه على الخمر ولم يقل ان أدبته فأنت حر فأدى الخمر لا يعتق فلو قضى
القاضى بتلك الرواية يبطل حقه في العتق اه (أقول) فيه بحث أما أولا فلا نعتضى بهذا
الجواب أن يكون قوله كى لا يبطل حقه في العتق لانه لعدم قضاء القاضى بتلك الرواية لارضا العبد
بالزيادة والمذكور في الكتاب بخلافه والكلام فيما ذكر في الكتاب فلا يتم ذلك الجواب وأما ثانيا فلا ن
ذلك على تقدير تمامه انما يتشبه في صورة ان لم يقل المولى للكا تب على الخمر ان أدبته فأنت حر لاني
صورة ان قال له ذلك اذ لا رواية لعدم العتق عند أداء الخمر في هذه الصورة فلا رأى للقاضى فيها مع أن ما نحن
فيه يم الصورتين كما لا يخفى فيبقى السؤال في صورة ثم ان صاحبى النهاية ومعراج الدراية رد على المصنف
ههنا حيث قال انتم قوله كى لا يبطل حقه في العتق لا يصلح تعليلا لقوله والعبد رضى بالزيادة لانه يحتمل أن
يكون العبد غير راض بالزيادة على المسمى وان يبطل حقه في العتق لان ذلك نفع مشوب بالضرر لان
تحمل الزيادة ضرر عليه وان كان عتقه نفعه اه (أقول) ليس ذلك بسديد لان تحمل الزيادة
انما يكون ضررا عليه لو كانت الزيادة باقية على ملكه عند عدم تحمل تلك الزيادة واختبار الرق وليس
كذلك للمحال فانه اذا اختار الرق يصير جميع ما اكتسبه ملكا لمولاه ويقدر المولى بعد ذلك على أن
يستعمله كيف يشاء فيحصل به أكثر من تلك الزيادة فلم يظهر في رضا العبد بالزيادة ضرر عليه ولا في عدم
رضاه بها نفع له أصلا ثم قالوا والاولى في تعليل ذلك أن يقال لان العبد لما عقد الكتابة الفاسدة
مع مولاه كان قابلا لقيمة نفسه بالغة ما بلغت لان ذلك موجب عقد الكتابة الفاسدة وهو أقدم عليه
باختياره ورضاه ثم قيمة نفسه قدر تربو على المسمى فكان راضيا بالزيادة على المسمى ضرورة اه (أقول)
وهو أيضا ليس بسديد لان في التعليل بما ذكره مصادرة على المطلوب فانما يصدر أن ثبت بدليل أن
موجب الكتابة الفاسدة قيمة نفس العبد بالغة ما بلغت ومن جملة مقدمات ذلك قوله والعبد رضى بالزيادة
فالوعلا هذه المقدمة بما يتنى على كون الواجب في عقد الكتابة الفاسدة قيمة نفس العبد بالغة ما بلغت
لزم المصادرة قطعاً * ثم أقول ببقئ شئ في كلام المصنف وهو أن قوله لان المولى ماضى بالنقصان الخ دليل
شاف مفيد لتمام المدعى وهو أن لا تنقص القيمة عن المسمى وتزاد عليه إلا أن قوله لانه عقد فاسد فوجب
القيمة عندها لك المبدل بالغة ما بلغت كما في البيع الفاسد يرى مستند كاهنا لانه صار مستغنى عنه
بما ذكر قبله من قوله لانه وجب عليه رد قيمته لتفاسد العقد وقد تعذر بالعتق فيجب رد قيمته كما في البيع
الفاسد اذا تلف المبيع وليس له دلالة على تمام المدعى فانه لا يدل على أن لا تنقص القيمة عن المسمى
فلم يكن في ذكره فائدة فكان الاولى طرحه من البين كما في الكافي (قوله لانه لا يوقف فيه على مراد العاقد
لاختلاف أجناس الثوب فلا يثبت العتق بدون ارادته) قال صاحب العناية وتقريره أن الثوب عوض
والعوض يقتضى أن يكون مرادا والمطلق منه ليس بوجوده في الخارج فلا يكون مرادا فتعين أن يكون
المتعين مرادا والاطلاع على ذلك متعذر لا خلاف أجناسه فلا يعتق بدون ارادته بخلاف القيمة فانها
وان كانت مجهولة يمكن استدراك مراده بتقويم المقومين انتهى كلامه (أقول) فيه كلام أما أولا
فلانه ان أراد بالمطلق في قوله والمطلق منه ليس بوجوده في الخارج فردا مهم ما من الثوب فلان سلم أنه ليس
بوجوده في الخارج اذا لم يساهم انما ينافى التعمين لا الوجود في الخارج وكم من شئ نجزم بوجوده في الخارج
وان لم تعين خصوصيته عندنا وان أراد بذلك مفهومه الكلى فنسلم أنه ليس بوجوده في الخارج ولكن
لا نسلم حينئذ قوله فتعين أن يكون المتعين مرادا الجواز أن يكون المراد هو المهم فلا بد من بيان
اطلان هذا الاحتمال أيضا وأما ثانيا فلا نمانع أن يمنع امكان استدراك مراده بتقويم المقومين

أجاب بقوله (بمخلاف ما إذا
كاتبه على ثوب حيث
لا يعتق بأداء ثوب) وتقريره
الثوب عوض والعوض
يقتضى أن يكون مرادا
والمطلق منه ليس بوجوده
في الخارج فلا يكون مرادا
فتعين أن يكون المتعين
مرادا والاطلاع على ذلك
متعذر لا خلاف أجناسه
فلا يعتق بدون ارادته
بمخلاف القيمة فانها وان
كانت مجهولة يمكن استدراك
مراده بتقويم المقومين
فان قلت فان أدى القيمة
فيما إذا كاتبه على ثوب
يعتق أولا قلت ذكر في
الذخيرة أن الاصل عند
علمائنا الثلاثة أن المسمى
مضى كان مجهول القدر
والجنس فانه لا يعتق العبد
بأداء القيمة ولا تنعقد هذه
الكتابة أصلا على المسمى
ولا على القيمة

قال (وكذلك ان كاتبه على شيء بعينه لغيره لم يجز) اذا كاتب عبده على شيء لغيره فاما ان يتعين بالتعيين كالفرس والعبد أو لا كالنقود فان تعيين فاما ان يجزؤه أولا فان لم يجز فاما ان يملكه المكاتب بسبب وأداءه الى المولى أولا فذلك أربعة أوجه فان لم يتعين بالتعيين كالأقوال كاتبتك على هذه الألف من الدراهم وهي لغيره جاز لانها لا تتعين في المعاوضات فتعلق بدراهم في القيمة وان تعيين به ولم يجز ولم يملكه لم يجز الكتابة في ظاهر الرواية وروى الحسن عن أبي حنيفة أنه يجوز حتى اذا ملكه وسلمه عتق وان عجز بردي فبالان المسمى مال والقدرة على التسليم موهوم فأشبه ما اذا تزوج امرأة على عبد غيره فان التسمية صحيحة حتى لو لم يجز المالك رجعت على الزوج بقيمة العبد لا بغير المثل ولو فسدت لرجعت به وبالجامع كون كل واحد منهما معوض ما ليس بمال وجه الظاهر ان العين في المعاوضات معقود عليه والمعقود عليه القدرة عليه شرط الصحة اذا كان العقد يحتمل الفسخ كما في البيع فان قيل قد تقدم ان لبدل الكتابة حكم الثمن في البيع حتى كان ذلك مبني جواز الكتابة الحالية والثمن معقود به لا معقود عليه فلا تكون القدرة عليه شرطا فالجواب ان ذلك اذا كان من النقود وليس الكلام فيها وانما هو في العين فيصير عقد الكتابة بمنزلة المقايضة فيصير لبدل حكم المبيع فيستقرط القدرة عليه (قوله بخلاف الصداق في النكاح) جواب عن قوله فأشبه الصداق وذلك لان القدرة على ما هو المقصود بالنكاح وهو التوالد والتناسل وقال في النهاية منافع البضع (٢٣٨) ليس بشرط بل جواز نكاح الرضبعة فعلى ما هو تابع وهو الصداق أولى وهذا الجواب

قال (وكذلك ان كاتبه على شيء بعينه لغيره لم يجز) لانه لا يقدر على تسليمه ومراذه شيء يتعين بالتعيين حتى لو قال كاتبتك على هذه الألف الدراهم وهي لغيره جاز لانها لا تتعين في المعاوضات فتعلق بدراهم دين في القيمة فيجوز وعن أبي حنيفة رضي الله عنه في رواية الحسن أنه يجوز حتى اذا ملكه وسلمه عتق وان عجز بردي الرق لان المسمى مال والقدرة على التسليم موهوم فأشبه الصداق قلنا ان العين في المعاوضات معقود عليه والقدرة على المعقود عليه شرط الصحة اذا كان العقد يحتمل الفسخ كما في البيع بخلاف الصداق في النكاح لان القدرة على ما هو المقصود بالنكاح ليس بشرط فعلى ما هو تابع فيه أولى فلو أجاز صاحب العين ذلك فعن محمد أنه يجوز لانه يجوز البيع عند الاجازة فالكتابة أولى وعن أبي حنيفة أنه لا يجوز اعتبارا بحال عدم الاجازة على ما قال في الكتاب والجامع انه لا يفيد ملك المكاتب وهو المقصود لانها تثبت للحاجة الى الادامتها ولا حاجة فيما اذا كان البدل عينا مينا والمسئلة فيه على ما يشاء وعن أبي يوسف أنه يجوز اذ كان أولم يجز غير أنه عند الاجازة يجب تسليم عينه وعند عدمها يجب تسليم قيمته كما في النكاح والجامع بينهما صحة التسمية لكونه مالا ولولا ذلك المكاتب ذلك العين في صورة الكتابة على القيمة بناء على تقريره في صورة الكتابة على الثوب اذ قد حكم فيه بتعين كون المتعين مراد او بتعذرا لا طلاع على ذلك لاختلاف أجناسه ولا شك أن الامر كذلك في صورة الكتابة على القيمة أيضا لا ترى الى قول المصنف فيما مر وأما الثاني فلان القيمة مجهولة قد رواه جندا ووصفا فتفاحت الجهالة وصار كما اذا كاتب على ثوب أو دابة اه فكيف يمكن اطلاع المقومين على مراده

على طريقة تخصيص العلل وتخصه معلوم (وان أجاز صاحب العين ذلك فعن محمد أنه يجوز لان البيع يجوز عند الاجازة فان اشترى شيئا بمال الغير فاجاز صاحب المال جاز فالكتابة أولى) لان ميناها على المساحة وقيل لانها لا تنفسد بالشرط الفاسد بخلاف البيع فصار صاحب المال مقرضا المال من العبد فتصير العين من أ كسابه (وعن أبي حنيفة أنه لا يجوز اعتبارا بحال عدم الاجازة على ما قال في الكتاب) أي في الجامع الصغیر أشار به الى قوله وكذلك ان كاتبه على شيء

بعينه لغيره (والجامع) بين ما أجاز المالك وبين ما لم يجز (ان عقد الكتابة) فيما نحن فيه (لا يفيد ملك المكاتب الذي هو المقصود من الكتابة لانه) أي ملك المكاتب وفي بعض النسخ لانها أي المكاتب لكن لابد من تقدير مضاف (ينبت للحاجة الى الادامتها ولا حاجة الى الادامتها فيما اذا كان البدل عينا مينا لغيره والمسئلة فيه) أي فرض المسئلة في ذلك (على ما يشاء) ان مراده شيء يتعين بالتعيين (وعن أبي يوسف أنه يجوز اذ كان أولم يجز غير أنه اذا جاز وجب تسليم عينه واذا لم يجز وجب تسليم قيمته كما في النكاح والجامع صحة التسمية لكونه المسمى مالا وان لم يجز ولكن ملك المكاتب العين) بسبب وأداء

(قوله فان تعيين فاما ان يجزؤه) أقول أي يجز العقد (قوله وان تعيين به ولم يجز ولم يملكه لم يجز الكتابة في ظاهر الرواية) أقول الشارح تصرف في نقل كلام المصنف وأخل به فناقض آخر الكلام أوله والظاهر أن كلام المصنف مجرى على عمومته ومراده بالجواز على رواية الحسن هو جوازه ابتداء وفي قوله ولو أجاز جاز هو الجواز انتهائه على أن ينعقد العقد موقفا وانما سكنت في تفصيل ملك المكاتب العين عن رواية الجواز وهي رواية الحسن الغنية عنه بذكرها أولا (قوله وروى الحسن عن أبي حنيفة أنه يجوز حتى اذا ملكه الخ) أقول كالكتابة الحالية فلا يفسخ المولى الارضا العبد كما هو حكم الكتابة الحالية ثم أقول انه يخالف ظاهر الغرض عدم الملك فتأمل في دفعه (قوله اذا كان العقد يحتمل الفسخ) أقول احتراز عن النكاح (قوله ليس بشرط) أقول خبر أن

(فمن أبي حنيفة رواه أبو يوسف عنه وروى عن أبي يوسف أيضا أنه لا يعتق وعلى هذه الرواية لم ينقذ العقد) وهو ظاهر الرواية (الا إذا قال له أديت إلى فأت حريته فاعتق بحكم الشرط وعن أبي يوسف أنه يعتق قال ذلك أولم يقل لأن العقد ينقذ مع الفساد كون المسمى ما لا يعتق بأداء المشروط وإن كاتبه على عين) معين (في يد المكاتب) سوى النقود (ففيه روايتان) في رواية كتاب الشرب يجوز وفي رواية آخر كتاب المكاتب لا يجوز (وهي مسألة الكتابة على الأعيان) وهي التي ذكرت في قوله وكذلك إن كاتبه على شيء بعينه لغيره (وقد ذكرنا وجه الروايتين في كفاية المنتهى) ولم نذكر ههنا الطول وذكره (٢٣٩) بعض الشارحين على وجه الاختصار فقال وجه رواية الجواز أنه كاتبه على مال معلوم مقدور التسليم فيجوز وجه عدمه أن كسب العبد حال الكتابة ملك المولى فصار كما إذا كاتبه على عين من أعيان ماله وأنه لا يجوز وإنما قلنا سوى النقود لأنه لو كاتبه على دراهم أو دنائير في يد العبد بأن كان مأذونا في التجارة أو كتسب جازت الكتابة باتفاق الروايات لأنها إذا لم تتعين كانت الكتابة عليها كالكتابة على دراهم مطلقة وهي جائزة قال (وإذا كاتبه على مائة دينار الخ) وإذا كاتبه على مائة دينار على أن يرد عليه عبدا بغير عينه فالكتابة فاسدة عند أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف هي جائزة ويقسم المائة دينار على قيمة المكاتب وقيمة عبد وسط ويبطل منها حصصه العبد ويكون مكاتباً بما بقى لأن العبد المطلق يصلح بدلا للكتابة وينصرف إلى الوسط وهذا

فمن أبي حنيفة رواه أبو يوسف عنه وروى عن أبي يوسف أيضا أنه لا يعتق وعلى هذه الرواية لم ينقذ العقد الا إذا قال له إذا أديت إلى فأت حريته فاعتق بحكم الشرط وهكذا عن أبي يوسف رحمه الله وعن أبي حنيفة أنه يعتق قال ذلك أولم يقل لأن العقد ينقذ مع الفساد لكون المسمى ما لا يعتق بأداء المشروط ولو كاتبه على عين في يد المكاتب ففيه روايتان وهي مسألة الكتابة على الأعيان وقد عرف ذلك في الأصل وقد ذكرنا وجه الروايتين في كفاية المنتهى قال (وإذا كاتبه على مائة دينار على أن يرد المولى عليه عبدا بغير عينه فالكتابة فاسدة عند أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف هي جائزة ويقسم المائة دينار على قيمة المكاتب وعلى قيمة عبد وسط فيبطل منها حصصه العبد فيكون مكاتباً بما بقى) لأن العبد المطلق يصلح بدلا للكتابة وينصرف إلى الوسط فكذلك يصلح مستثنى منه وهو الأصل في أبدال العقود ولهم أنه لا يستثنى العبد من الدناير وإنما استثنى قيمته والقيمة لا تصلح بدلا فكذلك مستثنى

في صورة الكتابة على القيمة حتى تتعين بتعيينهم فتأمل (قوله ولهم أنه لا يستثنى العبد من الدناير وإنما استثنى قيمته والقيمة لا تصلح بدلا فكذلك مستثنى) يعني أنهم ما بيلمان الأصل المذكور ولكن يقولون ذلك فيما صح استثناءه من غير أن يورد فساد العقد وههنا استثناء العبد عنه من الدراهم غير صحيح لاختلاف الجنس وإنما يصح استثناءه منها باعتبار قيمته وهي لا تصلح بدل الكتابة لتفاحش جهالهم لا قدر أوجسنا ووصفا كما مر في أول الفصل فكذلك لا يصلح أن يقع مستثنى من بدل الكتابة كذا في الشروح والكافي (أقول) يرد على هذا التعليل أنه يقتضي أنه لا تصلح الكتابة فيما إذا شرط أن يرد المولى عليه عبدا معينا أيضا لجرمائه فيه أيضا بعينه فان قيمة العبد المعين أيضا مجهولة جهالة فاحشة وهذا لو كاتب عليه لم يصح كما مر في أول الفصل وعدم المجانسة بين عين العبد المعين وبين الدراهم أيضا ظاهر مع أنهم صرحوا بأن الكتابة صحيحة بالاتفاق فيما إذا شرط أن يرد عليه عبدا معينا والعجب من صاحب الدرر والقرآن أنه علل هذه المسألة بوجه آخر وعزاه إلى الزبلي وأورد عليه النقض بما إذا شرط أن يرد عليه عبدا معينا وجعل الوجه المذكور في الكتاب هو الصواب وعزاه إلى الكافي حيث قال لأن هذا عقد اشتمل على بيع وكتابة لأن ما كان من المائة بازا الوصف الذي يرد المولى يبيع وما كان منها بازا رقبته المكاتب كتابة فيكون مصفة في صفقة فلا يجوز النهي عنها كذا قال الزبلي ويرد عليه أنه يقتضي عدم صحة العقد إذا شرط أن يرد عليه عبدا معينا وأمة معينة والقوم صرحوا بخلافه والصواب ما في الكافي وهو أن بدل الكتابة في هذه الصورة مجهول القدر فلا يصح كالأمر عليه على قيمة الوصف وهذا لأن العبد لا يمكن استثناءه من الدناير وإنما استثنى قيمته والقيمة لا تصلح أن تكون بدل الكتابة لجهالهم لا تفاديا فكذلك لا تصلح أن تكون مستثنى من بدل الكتابة اهـ ولا يخفى على ذي فطنة أنه لا فرق بين الوجه الذي عزاه إلى الزبلي والوجه الذي عزاه إلى الكافي في ورود

الاختصار فقال وجه رواية الجواز أنه كاتبه على مال معلوم مقدور التسليم فيجوز وجه عدمه أن كسب العبد حال الكتابة ملك المولى فصار كما إذا كاتبه على عين من أعيان ماله وأنه لا يجوز وإنما قلنا سوى النقود لأنه لو كاتبه على دراهم أو دنائير في يد العبد بأن كان مأذونا في التجارة أو كتسب جازت الكتابة باتفاق الروايات لأنها إذا لم تتعين كانت الكتابة عليها كالكتابة على دراهم مطلقة وهي جائزة قال (وإذا كاتبه على مائة دينار الخ) وإذا كاتبه على مائة دينار على أن يرد عليه عبدا بغير عينه فالكتابة فاسدة عند أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف هي جائزة ويقسم المائة دينار على قيمة المكاتب وقيمة عبد وسط ويبطل منها حصصه العبد ويكون مكاتباً بما بقى لأن العبد المطلق يصلح بدلا للكتابة وينصرف إلى الوسط وهذا

بالاتفاق وكل ما يصلح بدلا صلح مستثنى من البدل وهو الأصل في أبدال العقود وقال بالوجوب أي هذا الأصل مسلم ولكن فيما صح الاستثناء واستثناء العبد عنه من الدراهم غير صحيح وإنما يصح باعتباره قيمته وهي لا تصلح بدلا لتفاحش الجهالة من حيث الجنس والقدر والوصف (قوله وهو ظاهر الرواية) أقول فلا يناسب كلمة عن في قوله فمن أبي حنيفة (قوله وإنما يصح باعتباره قيمته وهي لا تصلح بدلا لتفاحش الجهالة) أقول لوضع هذا الدليل لم تجز الكتابة إذا كان العبد معينا العين هذا الدليل فان قيمة العبد المعين مجهولة جهالة فاحشة وقد سبق في أول الفصل

(واذا كاتبه على حيوان وبين جنسه) كالعبد والفرس (ولم يبين النوع) انه تركى أو هندی (ولا الوصف) انه جيد أو ردي (جازت وينصرف الى الوسط) (من ذلك الجنس) وقدره أبو حنيفة في العبد بما قيمته أربعون درهماً والاهو على قدر غلاء السعر ورخصه ولا ينظر في قيمة الوسط الى قيمة المكاتب لان عقد (٢٤٠) الكتابة عقد ارقاق فالتظاهر ان يكون البدل على أقل من قيمة المكاتب وانما

ينصرف الى الوسط لان الاصل في الحيوان المجهول اذ ثبت في الذمة أن ينصرف الى الوسط كما في الزكاة والدية والوسط فيه نظر للجانين (ويجبر على قبول القيمة) لانه قضاء في معنى الاداء على ما عرف في الاصول لانها اصل من حيث ان البدل يعرف بها (وقد مر في النكاح) انصار كانه أنى بعين المسمى (وانما صح العقد مع الجهالة لانها يسيرة ومثلها يتحمل في الكتابة) لان منبها على المساواة (فتعتبر جهالة البدل لجهالة الاجل فيه) حتى لو قال كاتبك الى الحصاد والدياس أو القطار صحت الكتابة وقد ثبت ان ابن عمر أجاز الكتابة على الوصفاء وهو جمع وصيف وهو العبد للخدمة (وقال الشافعي لا يجوز وهو القياس لانه معاوضة فأشبهه البيع) في ان تسمية البدل شرط فيها كإحدى شرط فيه والبيع مع البدل المجهول أو الاجل المجهول لا يجوز فكذا الكتابة ولنا أن هذا قياس فاسد لان قياس الكتابة على

قال (واذا كاتبه على حيوان غير موصوف فالكتابة جائزة) معناه أن يبين الجنس ولا يبين النوع والصفة (وينصرف الى الوسط) ويجبر على قبول القيمة (وقد مر في النكاح) أما اذا لم يبين الجنس مثل أن يقول دابة لا يجوز لانه يشمل أجناساً مختلفة فتتفاحش الجهالة واذا بين الجنس كالعبد والوصيف فالجهالة يسيرة ومثلها يتحمل في الكتابة فتعتبر جهالة البدل بجهالة الاجل فيه وقال الشافعي رحمه الله لا يجوز وهو القياس لانه معاوضة فأشبهه البيع ولنا أنه معاوضة مال بغير مال أو بمال لكن على وجه يسقط الملك فيه فأشبهه النكاح والجامع أنه يثبتني

النفق بالصورة المزبورة عليهم ما فرد الاول بورود ذلك عليه واستصواب الثاني ليس بمقول المعنى (قوله) أما اذا لم يبين الجنس مثل أن يقول دابة لا يجوز لانه يشمل أجناساً مختلفة فتتفاحش الجهالة واذا بين الجنس كالعبد والوصيف فالجهالة يسيرة ومثلها يتحمل في الكتابة) قال في العناية واعترض على المصنف بأن شمول اللفظ للأجناس لو منع الجواز لما جازت فيما اذا كاتب على عبد لان المصنف ذكر في كتاب الوكالة أن العبد يتناول أجناساً ولهذا لم يجوز التوكيل بشراء العبد والجواب أن اللفظ ان شمل أجناساً عالية كالذابة مثلاً ومتوسطة كالركوب منع الجواز مطلقاً في الكتابة والوكالة والنكاح والبيع وغيرها وان شمل أجناساً سافلة كالعبد منعه فيما يبي على المالك كسنة كالبيع والوكالة لا فيما يبي على المساحة كالكتابة والنكاح انتمى (أقول) ليس السؤال بشئ ولا الجواب أما الاول فلاننا لا نسلم أن شمول اللفظ للأجناس ان منع الجواز لما جازت فيما اذا كاتب على عبد وقوله لان المصنف ذكر في كتاب الوكالة أن العبد يتناول أجناساً ولهذا لم يجوز التوكيل بشراء العبد فرية بلا مربية لان المصنف ماذ كرقط في كتاب الوكالة ولا في موضع آخر أن العبد يتناول أجناساً والذي ذكره في كتاب الوكالة انما هو ان العبد يشمل أنواعاً وان ما يشمل أنواعاً لا يصح التوكيل بشرائه الا ببيان الثمن أو النوع فانه قال هناك ثم ان كان اللفظ يجمع أجناساً أو ما هو في معنى الأجناس لا يصح التوكيل وان بين الثمن لان بذلك الثمن يوجد من كل جنس فلا يدرى مراد الأمر لتفاحش الجهالة وان كان جنساً يجمع أنواعاً لا يصح الا ببيان الثمن أو النوع لان بتقدير الثمن يصير النوع معلوماً وبذلك النوع تفصل الجهالة فلا يمنع الامتثال مثله اذا وكله بشراء عبد أو جارية لا يصح لانه يشمل أنواعاً فان بين النوع كالتركي والحبشي والمولد جاز وكذا اذا بين الثمن لما ذكرنا اهـ فهل يتوهم العاقل من ذلك الكلام أن العبد يتناول أجناساً حتى يجعله مداراً للاعتراض على المصنف هنا وقد سبق الى هذا التوهم صاحب النهاية ومعراج الدراية ولعمري انه من الجائز من أمثال هؤلاء القول (وأما الثاني فلا) ان الجواب المزبور مع ابتناؤه على القول بمراتب الأجناس الذي هو من أصول أهل المعقول دون اصطلاحات أهل الفقه بعزل عما يفهم من كلام المصنف في المقامين أي في كتاب الوكالة وفيما نحن فيه أما هناك فلما عرفت أنفاً وأما فيما نحن فيه فلانه لو كان مراده ما في الجواب المزبور لزمه أن يقيّد الجنس في قوله ومعناه أن يبين الجنس بالجنس العالي والمتوسط اذ بيان الجنس الاسفل ليس بواجب على مقتضى ذلك الجواب فلا بد من البيان (قوله ولنا أنه معاوضة مال بغير مال أو بمال لكن على وجه يسقط الملك فيه فأشبهه النكاح والجامع أنه يثبتني

البيع اما أن يكون من حيث ابتدائها أو من حيث الانتهاء والاول لا يصح لان البيع معاوضة مال بمال والكتابة معاوضة مال بغير مال لانها في المقابلة فلا تجزى في الابتداء وكذلك الثاني لانها وان كانت في الانتهاء معاوضة مال بمال وهو الرقبة لكن على وجه يثبت الملك فيه فأشبهه النكاح في الانتهاء وفي أن مبني كل منهما

على المسامحة وهذا المقدار كاف في إلحاقها بالنكاح وقوله بخلاف البيع لأنه مبني على الماسكة بآداء استظهار وان لم يبين جنسه مثل أن يقول دابة أو ثوب لم تجز الكتابة لأنها تشمل أجناسا وكذلك الثوب لتفاحش الجهالة واعتراض على المصنف بأن شمول اللفظ للأجناس لو منع الجواز لما جازت فيما إذا كاتب على عبدان المصنف ذكر في كتاب الوكالة أن العبد يتناول أجناسا ولهذه الجوز التوكيل بشراء العبد والجواب أن اللفظ ان شمل أجناسا عالية كالدابة مثلا أو متوسطة كالركوب منع الجواز مطلقا في الوكالة والكتابة والنكاح والبيع وغيرها وان شمل أجناسا سافلة كالعبد منعه فيما بني على الماسكة كالبيع والوكالة لا فيما بني على المسامحة كالكتابة والنكاح قال (وإذا كاتب النصراني عبده الخ) وإذا كاتب النصراني عبده الكافر على مقدار من الخمر جاز لان الخمر في حقهم كالخل في حقنا وأيم ما أسلم فلمولى قيمة الخمر لان المسلم ممنوع عن تعليق الخمر وتعلقها وفي التسليم ذلك إذا الخمر غير معين فيعجز عن تسليم البدل فيجب عليه قيمته وهذا بخلاف ما إذا تباع الذميان خراثم أسلم أحدهما حيث يفسد البيع على ما قاله البعض لان العجز كما وقع عن تسليم المسمى وقع عن قيمته لان قيمة المسمى لا تصلح عوضا في البيع بحال ففسد وتصلح في الكتابة في الجملة فانه لو

كاتب على وصيف أي عبد للخدمة وأني بالقيمة يجبر على القبول فجاز ان يبقى العقد على القيمة لان البقاء أسهل من الابتداء وانما قد بقوله على ما قاله البعض لان بعض المشايخ قال ينبغي أن يكون الجواب في البيع كالجواب في الكتابة معنى والرواية في الكتابة رواية في البيع قال (وإذا قبض المولى قيمة الخمر عتق لان في الكتابة معنى المعاوضة فاذا وصل أحد العوضين الى المولى سلم العوض الآخر

على المسامحة بخلاف البيع لأنه مبني على الماسكة قال (وإذا كاتب النصراني عبده على خمر فهو جائز) معناه إذا كان مقدارا معلوما والعبد كافر لانها مال في حقهم بمنزلة الخمر في حقنا (وأيم ما أسلم فلمولى قيمة الخمر) لان المسلم ممنوع عن تعليق الخمر وتعلقها وفي التسليم ذلك إذا الخمر غير معين فيعجز عن تسليم البدل فيجب عليه قيمته وهذا بخلاف ما إذا تباع الذميان خراثم أسلم أحدهما حيث يفسد البيع على ما قاله البعض لان القيمة تصلح بدلا في الكتابة في الجملة فانه لو كاتب على وصيف وأني بالقيمة يجبر على القبول فجاز ان يبقى العقد على القيمة أما البيع فلا ينعقد بهما على القيمة فانقرضا قال (وإذا قبضها عتق) لان في الكتابة معنى المعاوضة فاذا وصل أحد العوضين الى المولى سلم العوض الآخر للعبد وذلك بالعتق بخلاف ما إذا كان العبد مسلمان حيث لم تجز الكتابة لأن المسلم ليس من أهل التزام الخمر ولو أداها عتق وقد بيناه من قبل والله أعلم

على المسامحة بخلاف البيع لأنه مبني على الماسكة قال صاحب العناية في شرح هذا المقام ولنا أن هذا يعني ما قاله الشافعي قياسا فسد لان قياس الكتابة على البيع اما أن يكون من حيث ابتداءها أو من حيث الانتهاء الاول لا يصح لان البيع معاوضة مال بمال والكتابة معاوضة مال بغير مال لانها في مقابلة ذلك الخمر في الابتداء وكذلك الثاني لانها وان كانت في الانتهاء معاوضة مال بمال وهو الرقبة لكن على وجه يسقط الملك فيه فأشبهه النكاح في الانتهاء وفي أن مبني كل منهما على المسامحة وهذا المقدار كاف للعبد وذلك بالعتق بخلاف ما إذا كان العبد مسلمان حيث لم تجز الكتابة لان المسلم ليس من أهل التزام الخمر ولو أدى الخمر عتق لما بينا في أول هذا الفصل) انه اذا أدى الخمر عتق وقال زفر لا يعتق وهذا لان عقدا الكتابة تضمن تعليق العتق بإداء البدل المشرط فاذا وجد البدل وقع العتق وذكر التمر تائي أنه لو أدى الخمر لا يعتق فكان في العتق بأداء الخمر روايتان والفرق على أحدهما بيننا وبين المسلم اذا كاتب عبده على خمر فأداها الى مولاه فانه يعتق أن في هذه المسئلة انقلبت الكتابة الى قيمة الخمر ولم يبق الخمر بدل هذا العقد لانه قد صحح على الخمر ابتداءه بقي على القيمة صحح بعد الاسلام ولا يتصور بقاءه صححما والخمر بدل فيه بقاءه صححما دليل على ان الخمر لم يبق بدلا فلا يعتق وفي مسئلة المسلم وقع العقد فاسد بسبب كون الخمر بدلا وبقي كذلك فلا حاجة الى إخراجها عن البدلية وأذا بقي بدلا عتق بأداها

(٣١ - تكمله سابع) للعبد وذلك بالعتق بخلاف ما إذا كان العبد مسلمان حيث لم تجز الكتابة لان المسلم ليس من أهل التزام الخمر ولو أدى الخمر عتق لما بينا في أول هذا الفصل) انه اذا أدى الخمر عتق وقال زفر لا يعتق وهذا لان عقدا الكتابة تضمن تعليق العتق بإداء البدل المشرط فاذا وجد البدل وقع العتق وذكر التمر تائي أنه لو أدى الخمر لا يعتق فكان في العتق بأداء الخمر روايتان والفرق على أحدهما بيننا وبين المسلم اذا كاتب عبده على خمر فأداها الى مولاه فانه يعتق أن في هذه المسئلة انقلبت الكتابة الى قيمة الخمر ولم يبق الخمر بدل هذا العقد لانه قد صحح على الخمر ابتداءه بقي على القيمة صحح بعد الاسلام ولا يتصور بقاءه صححما والخمر بدل فيه بقاءه صححما دليل على ان الخمر لم يبق بدلا فلا يعتق وفي مسئلة المسلم وقع العقد فاسد بسبب كون الخمر بدلا وبقي كذلك فلا حاجة الى إخراجها عن البدلية وأذا بقي بدلا عتق بأداها

(قوله وان شمل أجناسا سافلة كالعبد) أقول الذي يشمل التركي والهندي وهما جنسان سافلان (قوله وفي التسليم تعليق الخمر) أقول الاظهر أن يقول وتعلقها بالطابق المشرط وح الا يرى أن المسلم اذا كان المولى فالأزيم هو تلك المسلم الخمر وانما جعل التسليم ظرفا للملك لاستلزامه إياه كانه مشتمل عليه (قوله فان الملك ثبت فيما عجز دعتد الكتابة) أقول أي على رواية جواز الكتابة على عين في يد المكاتب قال المصنف (ولو أداها عتق) أقول قال الاتقاني أي لو أدى عين الخمر عتق أيضا فيما اذا أسلم أحدهما الا أن في الكتابة معنى التعليق وبه صرح قاضيخان في شرحه للجامع الصغير انتهى وعلى شرحه يكون في كلام المصنف نوع تعقيب بخلاف شرح السغني فتأمل

باب ما يجوز للكتاب أن يفعله

قال (ويجوز للكتاب البيع والشراء والسفر) لأن موجب الكتابة أن يصير حرا يداو ذلك بما لكيسة التصرف مستبداه تصرفا يوصله إلى مقصوده وهو نيل الحرية بأداء البذل والبيع والشراء من هذا القبيل وكذا السفر لأن التجارة بما لا تنفق في الحضر فتحتاج إلى المسافرة وبذلك البيع بالمحابة لأنه من صنيع التجار فإن التاجر قد يجني في صفقة ليربح في أخرى

في الحاقها بالنكاح وقوله بخلاف البيع لأنه مبني على المما كسة زيادة استطهار انتهى كلامه (أقول) فيه نظر أما أولا فلا نه جعل قول المصنف فأشبهه النكاح متفرعا على الشق الثاني حيث قال فأشبهه النكاح في الانتهاء وليس بنام لأن كون النكاح في الابتداء معاوضة مال وهو المهر بغير مال وهو منقعة البضع ظاهر مقرر عندهم في محله وأما كونه في الانتهاء معاوضة مال بمال بغير ظاهر وبما لم يقل به أحد من الشراح ههنا سوى تاج الشريعة والعيني فأنهم ما قالوا في تعليل قول المصنف فأشبهه النكاح لأن منافع البضع مال عند الدخول فيكون معاوضة مال بمال انتهى فكان حق المقام أن يجعل قول المصنف فأشبهه النكاح متفرعا على الشق الأول فقط أو على مجموع الشقين وأما ثانيا فلا نه قال وهذا المقدار كاف في الحاقها بالنكاح وجعل قول المصنف بخلاف البيع لأنه مبني على المما كسة زيادة الاستظهار وليس ههنا بنام أيضا لأن مجرد مشابهة شيء لشيء في وجه لا ينافي مشابهته لغيره في ذلك الوجه أو في وجه آخر فمشابهة عقد الكتابة للنكاح فيما ذكر لا ينافي مشابهته للبيع أيضا فلو لم يذ كر قوله بخلاف البيع لأنه مبني على المما كسة لما ظهر اختصاص هاتيك المشابهة بالنكاح حتى يثبت عدم صحة قياس الشافعي عقدا الكتابة على البيع كما هو المطلوب على ما أفصح عنه قول الشارح المزبور ولنا أن هذا قياس فاسد لأن قياس الكتابة على البيع إما أن يكون من حيث الابتداء أو من حيث الانتهاء الخ فكان قوله بخلاف البيع عمدة في إثبات المطلوب ولم يكن زيادة الاستظهار فقط والله الموفق للصواب

باب ما يجوز للكتاب أن يفعله

الظاهر أن إكتفاء المصنف في عنوان هذا الباب بما يجوز للكتاب أن يفعله لكونه العمدة المقصود بالذات والافتقار كوفي هذا الباب كثيرا لما لا يجوز للكتاب أن يفعله كما ترى ثم إن صاحب العناية قال لما ذكر أحكام الكتابة الصحيحة والفا سدة شرع في بيان ما يجوز للكتاب أن يفعله وما لا يجوز له فإن جواز التصرف ينتهي على العقد الصحيح اه واقتني أثره الشارح العيني (أقول) لا يذهب على من له أدنى مسكة مما حجة التعليل بقوله ما فان جواز التصرف ينتهي على العقد الصحيح فان هذا التعليل لا يقتضي تأخير هذا الباب عن أحكام الكتابة الفاسدة بل يقتضي تقديمه عليها فلا يتم التقريب وقال صاحب النهاية لما ذكر أحكام الكتابة الصحيحة والفا سدة شرع في بيان ما يجوز للكتاب أن يفعله وان لا يفعله انتهى (أقول) هذا سالم مما يتجه على ما ذكره الشارحان المسطوران لكن فيه أيضا سماجة لأنه جعل قوله وان لا يفعله في حيز يجوز وعطفه على أن يفعله فصار المعنى شرع في بيان ما يجوز أن يفعله المكاتب وما يجوز أن لا يفعله ولا شك أن الذي ذكر في هذا الباب وقصدياته إنما هو ما يجوز أن يفعله المكاتب وما لا يجوز أن يفعله كما يفصح عنه قوله ولا يتزوج ولا يهيب ولا يتصدق ولا يتكفل ولا يقرض لا يجرد ما يجوز أن لا يفعله فان جواز أن لا يفعله شيئا لا ينافي جواز أن يفعله أيضا كما في الأشياء المباحة التي يستوي فيها جانب الفعل والترك وما نحن فيه ليس كذلك قطعاً (قوله ويجوز للكتاب البيع والشراء والسفر) قال صاحب العناية قد تقدمت هذه المسئلة في كتاب المكاتب

باب ما يجوز للكتاب أن يفعله

لما ذكر أحكام الكتابة الصحيحة والفا سدة شرع في بيان ما يجوز للكتاب أن يفعله وما لا يجب وزله فانه جواز التصرف ينتهي على العقد الصحيح قال (ويجوز للكتاب البيع والشراء والسفر) قد تقدمت هذه المسئلة في كتاب المكاتب حيث قال واذا صححت الكتابة خرج المكاتب من يد المولى ولم يخرج من ملكه وكأنه أعادها تهيدها لقوله

باب ما يجوز للكتاب أن يفعله

(قوله فان جواز التصرف ينتهي على العقد الصحيح) أقول هـ ذا الوجه بظاهره لا يقتضي تقديم باب الكتابة الفاسدة على هذا الباب بل يقتضي عكسه فلا بد من ملاحظة أمر آخر فتدبر (قوله قد تقدمت هذه المسئلة في كتاب المكاتب) أقول لا يخفى في عليه أن إنما ذكره هناك استطرادا وإنما محل ذكره أصالة هنا وهذا لفظ القدوري هنا

(فان شرط عليه أن لا يخرج من الكوفة فله أن يخرج استحسانا) فانه لم يبين ذلك بيانه (٣٤) وجه الاستحسان (أن هذا الشرط

مخالف لمقتضى عقد الكتابة لان مقتضاه مالكية اليد على جهة الاستبعاد وثبوت الاختصاص) بنفسه ومنافعه لحصول ما هو المقصود بالعقد وذلك قد يكون بالضرب في الارض والتقييد بمكان بنافسه والشرط المخالف لمقتضى العقد باطل فهذا الشرط باطل فان قيل هذا يقتضى بطلان العقد كما في البيع أجاب بقوله (وصح العقد) يعني أن الشرط الباطل انما يبطل الكتابة اذا تمكّن في صلب العقد وهو أن يدخل في أحد البدلين كما اذا قال كاتبك على أن تخدمني مدة أو زمانا وهذا ليس كذلك (لانه لا شرط في بدل الكتابة ولا فيما يقابله فلا تفسد به الكتابة وهذا) أي هذا التفصيل (لان الكتابة تشبه البيع) من حيث المعاوضة وعدم صحتها بلا بدل

قوله ولا فيما يقابله) أقول قوله ولا فيما يقابله ممنوع فان مقابله فلك الحجر وحرية البدل والمنع من الخروج تخصيص للفك والحرية فليتأمل فان مراده بما يقابله هو المكاتب الآن هذا الشرط يختص به أيضا كما سيبي بعد أسطر (قوله من حيث المعاوضة) أقول

قال (فان شرط عليه أن لا يخرج من الكوفة فله أن يخرج استحسانا) لان هذا الشرط مخالف لمقتضى العقد وهو مالكية اليد على جهة الاستبعاد وثبوت الاختصاص فبطل الشرط وصح العقد لانه شرط لم يتمكّن في صلب العقد وبطله لا تفسد الكتابة وهذا لان الكتابة تشبه البيع وتشبه النكاح فألحقناه بالبيع في شرط تمكّن في صلب العقد كما اذا شرط خدمة مجهولة لانه في البدل وبالنكاح في شرط لم يتمكّن في صلبه هذا هو الاصل

حيث قال واذا صحت الكتابة خرج المكاتب من يد المولى ولم يخرج من ملكه وكأنه اعادها تمهيدا لقوله فان شرط عليه أن لا يخرج من الكوفة فله أن يخرج استحسانا فانه لم يبين ذلك بيانه (اه أقول) لا يخفى عليك أن ما يصلح أن يكون تمهيدا لقوله المذكور انما هو جواز السفر للمكاتب لا جواز البيع والشراء فحديث الاعادة للتمهيد لا يتم عذرا بالنظر الى مسئلتى البيع والشراء كما ترى وقال بعض الفضلاء لا يخفى عليك أنه انما ذكره هناك استطرادا وانما حمل ذكره هنا وهذا اللفظ القدوري ههنا انتهى (أقول) وهذا الذي ذكره ليس بلفظ القدوري وانما اللفظ فيجوز له البيع والشراء والسفر بقاء التفرغ على قوله واذا صحت الكتابة خرج المكاتب من يد المولى ولم يخرج من ملكه وبأضمار المكاتب دون اظهاره والذي ذكره هنا لا يدل على التفسير وبما ظهرا لفظ المكاتب انما هو لفظ البداية نعم حاصل معناهما واحد لكن هذا متحقق فيما ذكره المصنف فيما مر أيضا فانه قال هناك فبذلك البيع والشراء والخروج الى السفر ولا شك أن حاصل معناه متعدي ما ذكره هنا وعن ههنا قال في غاية البيان وهذه المسئلة وقع بيانها مكررا لانه ذكرها في أوائل كتاب المكاتب عند قوله واذا صحت الكتابة خرج المكاتب من يد المولى ولم يخرج من ملكه الا أنه لم يذكر في البداية تمهيد قوله فيجوز له البيع والشراء والسفر وذكر جواز البيع والشراء والسفر في هذا الموضع في البداية فلما بلغ في الهداية وهي شرح البداية هذا الموضع ساق الكلام كما ساق من غير اخلال وان كان ذلك جواز البيع والشراء والسفر في الهداية قبل هذا اه فتبصر (قوله وصح العقد لانه شرط لم يتمكّن في صلب العقد وبطله لا تفسد الكتابة) قال صاحب العناية في شرح هذا المحل يعني أن الشرط الباطل انما يبطل الكتابة اذا تمكّن في صلب العقد وهو أن يدخل في أحد البدلين كما اذا قال كاتبك على أن تخدمني مدة أو زمانا وهذا ليس كذلك لانه لا شرط في بدل الكتابة ولا فيما يقابله فلا تفسد به الكتابة انتهى ورد عليه بعض الفضلاء حيث قال قوله ولا فيما يقابله ممنوع فان مقابله فلك الحجر وحرية البدل والمنع من الخروج تخصيص للفك والحرية فليتأمل فان مراده بما يقابله هو المكاتب الآن هذا الشرط يختص به أيضا كما سيبي بعد أسطر انتهى (أقول) ليس ذلك بشئ لأن كون المنع من الخروج تخصيصا للفك والحرية لا يقتضى كونه خلافا فيما فان تخصيص الشئ قد يكون بأمر خارج عنه أخص منه كما اذا عرّفنا الانسان بالحيوان الضاحك فان قيد الضاحك يخص الحيوان بالانسان مع انه خارج عنه قطعاً وما نحن فيه من قبيل ذلك أيضا لاننا لا نرى أن المنع من الخروج خارج عن حقيقة الفك والحرية وكذا الحال لو كان المراد بما يقابله هو المكاتب فان اختصاص هذا الشرط به لا يقتضى دخوله فيه بل لا مجال لدخوله فيه أصلاً كما لا يخفى والذي نفاه صاحب العناية انما هو دخول هذا الشرط في بدل الكتابة أو فيما يقابله انبه يتحقق التمكن في صلب العقد كما عينه (قوله وهذا لان الكتابة تشبه البيع وتشبه النكاح فألحقناه بالبيع في شرط تمكّن في صلب العقد كما اذا شرط خدمة مجهولة لانه في البدل وبالنكاح في شرط لم يتمكّن في صلبه هذا هو الاصل) أقول لقائل أن يقول

حينية المعاوضة مشتركة بينه وبين النكاح فلا يكون وجه شبه الكتابة بالبيع دون النكاح الا أن يكون وجه الشبه مجموع العطف عليه والمعطوف أعني وعدم صحتها بلا بدل (قوله وعدم صحتها بلا بدل) أقول يعني بلا ذكر بدل

واحتمالهما الفسخ قبل الاداء (وتشبه النكاح) من حيث انها معاوضة مال بغير مال فعملنا فيه بالشبهين فقلنا بطلان الشرط وحملة العقد اذا لم يمكن في صلب العقد عمل يشبه النكاح و يبطلان العقد اذا تمكنت في صلبه عمل يشبه البيع (أونقول ان الكتابة في جانب العبد اعتراف) لان الاعتراف (٢٤٤) ازالة الملك الى أحد والكتابة كذلك لانه لا يحصل للكتاب شيئا وانما

يسقط عنه ملك مولاه وكل شرط يختص بجانب العبد فهو داخل في الاعتراف لدخوله في الكتابة وهي اعتراف (وهذا الشرط يختص به) فهو داخل في الاعتراف (والاعتراف لا يبطل بالشرط الفاسد قال (والتزوج ليس وسيلة اليه) الكتابة فكما يجرم مع قيام الملك ضرورة التوصل الى المقصود أى الى مقصود المولى من البذل وذلك لقيام الملك ومقصود المكاتب وهو تحصيل الكسب لا إلغاء وذلك بفك الحجر والتزوج ليس وسيلة الى المقصود بل هو مانع عن ذلك فلا يدخل تحت فك الحجر لكن اذا أذن له المولى بذلك جاز لان الملك فيه قائم

(قوله واحتمالهما الفسخ قبل الاداء) أقول واحتمال الفسخ بعد الاداء أيضا لا يضرنا قال المصنف (أونقول ان الكتابة في جانب العبد اعتراف) أقول قال الاتقاني لو قال في جانب المولى اعتراف أو قال في جانب العبد عتق كان أولى انتهى

أونقول ان الكتابة في جانب العبد اعتراف لانه اسقاط الملك وهذا الشرط يخص العبد فاعتبر اعترافا في حق هذا الشرط والاعتراف لا يبطل بالشرط الفاسد قال (ولا يتزوج الاباذن المولى) لان الكتابة فكما يجرم مع قيام الملك ضرورة التوصل الى المقصود والتزوج ليس وسيلة اليه

قدم قيل هذا الباب في مسئلة جواز الكتابة على حيوان غير موصوف أن أعتنا قالوا عساهمة عقد الكتابة للنكاح وعملا به اوردوا على الشافعي قوله بمشابهته للبيع فكيف يصح منهم العمل ههنا بشبهه بالبيع أيضا ويمكن أن يجاب عنه بأن العمل بالشبهين معا فيما يمكن العمل بهما كما فيما نحن فيه لا ينافي العمل بأحدهما بعينه دون الآخر لبحان الاول على الثاني فيما لا يمكن العمل بهما معا كما في المسئلة المارة فتأمل (قوله) أونقول ان الكتابة في جانب العبد اعتراف لانه اسقاط الملك وهذا الشرط يخص العبد الخ قال صاحب غاية البيان لو قال في جانب المولى اعتراف أو قال في جانب العبد عتق كان أولى انتهى (أقول) كل من شق كلامه منظوره فيه أما شقه الاول فلانه لو قال في جانب المولى اعتراف لم يتم المطلوب لان هذا الشرط يخص العبد كما صرح به المصنف فلا يلزم من كون الكتابة اعترافا في جانب المولى أن لا يكون الشرط المذكور مفسرا في جانب العبد بخلاف ما اذا كانت اعترافا في جانب العبد كما لا يخفى فلهذا قال ان الكتابة في جانب العبد اعتراف وأما شقه الثاني فلان الاعتراف في قوله في جانب العبد اعتراف مصدر من المبني للفعول دون المبني للفاعل فيؤول الى العتق فكان قوله في جانب العبد اعتراف وقوله في جانب العبد عتق بمنزلة واحدة كما لا يخفى ثم قال صاحب الغاية وهذا الذي قاله ضعيف اذا حصل كلامهم أن الكتابة تشبه العتق والعتق لا يبطل بالشرط الفاسد فلا تفسد الكتابة أيضا بالشرط الفاسد لشبهه بالعتق ولقائل أن يقول اذا كان لشبهه بالعتق أثر ينبغي أن لا تفسد الكتابة أيضا اذا دخل الشرط الفاسد في صلب عقد الكتابة فعلم أن هذا الوجه من البيان ضعيف والاولى ما بيناه آنفا من رعاية الشبهين الى هنا كلامه وقال بعض الفضلاء بعد نقل اعتراض صاحب الغاية على هذا الوجه ولا يخفى عليك أنه يجوز دفعه بملاحظة قوله من جانب العبد فانها من جانب المولى معاوضة فلذلك فسدت بالداخل في صلب العقد أونقول يتدفع بقوله في حق هذا الشرط انتهى (أقول) كل من وجهى دفعه غير سالم أما وجهه الاول فلان كون الكتابة من جانب المولى معاوضة متحقق في كل صورة من الكتابة فلو كان ذلك علة للفاسد لفسدت بغير الداخل في صلب العقد أيضا وان رجع الى العمل بكونها معاوضة فمادخل في صلب العقد وبكونها اعترافا في غير ما دخل فيه رعاية الشبهين رجع هذا الوجه الى الوجه الاول وأما وجهه الثاني فلان التقييد بقوله في حق هذا الشرط لا يدفع الاشكال المذكور اذ لقائل أن يقول اذا كان لشبهه بالعتق أثر ينبغي أن يعتبر اعترافا في غير هذا الشرط أيضا (قوله لان الكتابة فكما يجرم مع قيام الملك ضرورة التوصل الى المقصود والتزوج ليس وسيلة اليه) قال بعض الفضلاء تأمل هل يمكن تعميم هذا الدليل لعدم جواز تزويج المكاتب بنفسها وقال ولا يخفى أنه لا يمكن انتهى (أقول) بل يمكن تعميمه اذا تظاهر أن مدار حكمه بأنه لا يمكن هوان المكاتب بتزويج نفسها بتملك المهر فيصير ذلك وسيلة الى اكتساب المال الذي هو المقصود من الكتابة وما خذ ذلك ما ذكره

المصنف

والامر فيه سهل قال المصنف (فاعتبر اعترافا في حق هذا الشرط) أقول قال الاتقاني ولقائل أن يقول اذا

كان لشبهه بالعتق أثر ينبغي أن لا تفسد الكتابة أيضا اذا دخل الشرط الفاسد في صلب عقد الكتابة فعلم أن هذا الوجه من البيان ضعيف انتهى ولا يخفى عليك أنه يجوز دفعه بملاحظة قوله من جانب العبد فانها من جانب المولى معاوضة فلذلك فسدت بالداخل في صلب العقد أونقول يتدفع بقوله في حق هذا الشرط والتفصيل في حواشي جريد الدين الضرير فراجع

(ولا يجب ولا يتصدق) المكاتب (الابالشي البشير) وكلامه فيه ظاهر والمجاهر عند العامة هو العتي من التجار وكأنه أرباب المهز وهو الذي يبيع التجار بالجهاز وهو فخر المتاع ويسافر به خرف الى الجاهز كذا في المغرب (ولا يتكفل) لما ذكرنا (ولا يملكه بنوعيه) يعني في الحال سواء كانت بأمر المكفول عنه أو بغير أمره لان الثاني تبرع محض فكان كالهبة والاول اقراض لان الكفيل متى أدى صار مقرضاً أدى للمكفول عنه والاقراض تبرع وانما قيد بالحال لانهم بعد العتي صحيحة في حقه فكان كفالاته ككفالة العبد المحجور عليه فان قيل بدل الكتابة مال في ذمته وتسليم النفس لا ينافي ذلك ولا يضره أجيب بأنه يضره بما عجز عن تسليم النفس فيجب على ذلك وهو يخل بالاكسب الذي يحصل به المال وقوله (وان زوج أمته جاز) ظاهر وقوله (ثم هو يوجب للمالك مثل ما هو ثابت له) يريد به ملك اليد وهو يملكه ومن ملك شيئاً جاز أن يملكه غيره كالغير يبيع (بخلاف الاعناق على مال) فإنه لا يملكه فيوجب الثاني فوق ما أوجب للاول فان العتي يحصل له في الحال بنفس القبول من غير توقف (٢٤٥) على أداء المال وهذا غير ثابت للمكاتب فكان عليك ما لا يملكه وهو لا يجوز (قوله فان أدى الثاني) يعني ان أدى المكاتب الثاني بدل كتابته قبل أداء الاول (عتق الثاني) لتحقيق شرط عتقه (ولو أؤه للمولى لأن له فيه نوع ملك) لان الثاني مكاتب للمولى بواسطة الاول فكان كتابة المولى للاول بمنزلة علة العلة ولهذا الوعز الاول كان الثاني ملكاً للمولى كالاول (وتصح اضافة الاعناق اليه في الجملة) يقال مولى زيد ومعتق زيد مجازاً وان كان معتق معتقه ولهذا يدخل في الاستئمان على مواله (فاذا عذر اضافته الى مباشر العقد لعدم الاهلية) لكونه رقيقاً (أضيف اليه) أي الى المولى لكونه علة العلة (كالعبد اذا اشترى شيئاً)

ويجوز باذن المولى لان الملك له (ولا يجب ولا يتصدق الابالشي البشير) لان الهبة والصدقة تبرع وهو غير مالك لملكه الا أن الشيء البشير من ضرورات التجارة لانه لا يجذب من ضيافة واعدة ليجتمع عليه المجاهزون ومن ملك شيئاً ما هو من ضروراته وتوابعه (ولا يتكفل) لانه تبرع محض فليس من ضرورات التجارة والاكتساب ولا يملكه بنوعيه نفساً ومالاً لان كل ذلك تبرع (ولا يقرض) لانه تبرع ليس من توابع الاكتساب (فان وهب على عوض لم يصح) لانه تبرع ابتداء (وان زوج أمته جاز) لانه اكتساب للمال فإنه يملك به المهر فدخل تحت العقد (وكذلك ان كاتب عبده) والقياس أن لا يجوز وهو قول زفر والشافعي لان ما له العتي والمكاتب ليس من أهله كالاغناق على مال وجه الاستحسان أنه عقد اكتساب للمال فملكه كزويج الامه وكالبيع وقد يكون هو أنفع له من البيع لانه لا يزيل الملك الا بعد وصول البدل اليه والبيع يزيله قبله ولهذا يملكه الاب والوصي ثم هو يوجب للمالك مثل ما هو ثابت له بخلاف الاعناق على مال لانه يوجب فوق ما هو ثابت له قال (فان أدى الثاني قبل أن يعتق الاول فولأه للمولى) لان له فيه نوع ملك وتصح اضافة الاعناق اليه في الجملة فاذا عذر اضافته الى مباشر العقد لعدم الاهلية أضيف اليه كافي العبد اذا اشترى شيئاً (فلو أدى الاول بعد ذلك وعتي لا ينتقل الولا عليه) لان المولى جعل معتقاً والولا لا ينتقل عن المعتق (وان أدى الثاني بعد عتي الاول فولأه له) لان العاقدين أهل ثبوت الولا وهو الاصل فيثبت له

المصنف فيما ساق في تعليل مسألة جواز تزويج المكاتب أمته بقوله لانه اكتساب للمال فإنه يملك به المهر فيدخل تحت العقد انتهى لكنه ليس بتمام فان بين تزويج المكاتبته نفسها وتزويج المكاتب أمته فرقا كما صرحوا به في أثناء شرح مسألة تزويج المكاتب أمته فيما ساق وأقوى وقد أوضحه صاحب النهاية حيث سأل هناك بأن المكاتب للمالك تزويج أمته بهذه العلة ينبغي أن عتق المكاتبته تزويج نفسها لوجود هذه العلة فيها لانها اكتسب به المهر وتسقط نفقتها عن نفسها ومع ذلك ذكر في باب جنابة رقيق المكاتب وولده من كتاب عتاق المبسوط أن المكاتب لا تتزوج بغير إذن المولى وأجاب بأن تزويج المكاتبته نفسها ليس لاكتساب المال بل للتحسين والعفة فان مقصودها من تزويج نفسها شيء آخر

فانه ثبت الملك للمولى لتعذر اثباته للعبد لعدم الاهلية (فلو أدى الاول بعد ذلك وعتي لا ينتقل الولا اليه لان المولى جعل معتقاً) مباشرة حكماً لما أن العقد انتقل اليه لعدم اهلية المكاتب للاعناق (والولا لا ينتقل عن المعتق) مباشرة وقيد بقوله مباشرة لئلا يراد حر الولا فان ثمة مولى الجارية ليس يعتق للولد مباشرة بل تسبباً باعتبار اعناق الام والاصل ان الحكم لا يضاف الى السبب الا عند تعذر الاضافة الى العلة والتعذر عند عدم عتي الاب فاذا عتي زال فينجر الولا الى قوم الاب (وان أدى الثاني) بدل الكتابة (بعد عتي الاول فولأه للاول لان المباشر من اهل ثبوت الولا وهو الاصل فيثبت)

قال المصنف (ويجوز باذن المولى لان الملك له) أقول تأمل هل يمكن تعميم هذا الدليل لعدم جواز تزويج المكاتبته نفسها ولا يخفى أنه لا يمكن (قوله بخلاف الاعناق على مال فإنه لا يملكه) أقول الاعناق مصدر من المبنى للفعول أي لم يحصل له في حال العتي على المال حتى يملكه غيره

قال (وان أعتق عبده على مال أو باعه من نفسه أو زوج عبده لم يجز) لان هذه الاشياء ليست من الكسب ولا من توابعه أما الاول فلا نه اسقاط الملك عن رقبته واثبات الدين في ذمة المفلس فأشبهه الزوال بغير عوض وكذا الثاني لانه اعتاق على مال في الحقيقة وأما الثالث فلا نه تنقيص للعبد وتعييب له وشغل رقبته بالمهر والنفقة بخلاف تزويج الامة لانه اكتساب لا نه مما يملكه الا كسب كالكاتب ولان في تزويج الاب والوصي في رقيق الصغير بمنزلة المكاتب (لانهم يملكون الا كسب كالكاتب ولان في تزويج الامة والكاتبه نظرا له ولا نظرا فيما سواهما والولاية نظرية

قال (وان أعتق عبده على مال) قد تقدم أن المكاتب انما يملك ما كان من التجارة أو من ضروراتها واعتاق العبد على مال وغيره مما ذكره ههنا ليس من ذلك فلا يملكه وقوله (وأما الثالث فنقص له) لان من اشترى عبدا ووجده ذا زوجة يتمكن من الرد بذلك العيب وكلامه ظاهر وقوله (على ما مر) اشارة الى قوله وان زوج أمته جاز لانه اكتساب للمال (قوله وكذلك الاب والوصي) ظاهر (قوله ولان في تزويج الامة والمكاتبه نظرا) أما في تزويج الامة فلما مر آتفا وأما في الكتابة فلا نه بالجزء بدرجة افر عما كان الجزء بعد اداء نجوم وذلك لاشك في كونه نظرا

(قوله انما يملك ما كان من التجارة) أقول الاولى أن يقول من الا كسب بدل قوله من التجارة حتى يستقيم الحصر فان الا كسب أعم من التجارة كما سيبي بعد سطور ويملكه المكاتب

(١) قوله أنه أي في أنه هـ من هـ امش الاصل هـ صححه

سوى المال فلذلك لم يكن هذا العقد مما يتناوله الفكا الثابت بالكتابة وقال وبهذا وقع الفرق بين هذا وبين تزويج الامة وعمره الى المتوسط فنخلص من ذلك الجواب أن الدليل المذكور ههنا يمكن تميمه لعدم جواز تزويج المكاتبه نفسها أيضا كما لا يخفى تأمل نفق نعم قول جماعة من الشراح وصاحب الكافي بعد قول المصنف والتزوج ليس وسيلة اليه بل فيه التزام المهر والنفقة يشعر باختصاص هذا الدليل بالمكاتب فإن التزام المهر والنفقة انما يتصور في حق المكاتب دون المكاتبه لكن الكلام في امكان تميم الدليل الواقع في عبارة المصنف ثم ان الدليل الاظهر الخالي عن شائبة توهم الاختصاص بالمد كرماد كره صاحب البدائع حيث قال ولا يجوز لأ كاتب أن يتزوج بغير إذن مولاه وكذا المكاتبه لان المكاتب عبدا باقى عليه درهم وقد قال رسول الله صلى الله عليه وسلم أيما عبد تزوج بغير إذن مولاه فهو طاهر لان المولى يملك رقبته المكاتب والمكاتبه يملك منافعه ومكاسبه فصار بمنزلة عبد مشترك بين اثنين (١) أنه لا ينفرد واحد منهما بالنكاح انتهى كلامه نعم ما ذكره من الدليلين بعبارة ورد في المذكر ولكن بدالته بيم المؤنث أيضا لا محالة (قوله وان أعتق عبده على مال أو باعه من نفسه أو زوج عبده لم يجز لان هذه الاشياء ليست من الكسب ولا من توابعه) قال صاحب العناية في حل هذا المحل قد تقدم أن المكاتب انما يملك ما كان من التجارة أو من ضروراتها واعتاق العبد على مال وغيره مما ذكره ههنا ليس من ذلك فلا يملكه اهـ (أقول) قد أدخل الشارح المذكور بحق المقام في تقرير الكلام حيث قال ان المكاتب انما يملك ما كان من التجارة أو من ضروراتها مع انه يملك أيضا ما كان من الا كسب دون التجارة وضروراتها كتزويج أمته وكتابة عبده على ما مر فان الا كسب أعم من التجارة كما سيبي فالحق ههنا عبارة المصنف حيث قال لان هذه الاشياء ليست من الكسب ولا من توابعه لا يقال ان مثل تزويج أمته من ضرورات التجارة وان لم يكن من نفس التجارة فأندرج في قوله أو من ضروراتها لانا نقول ليس ذلك من ضروراتها أيضا لان المأذون له يملك التجارة اجماعا ولا يملك تزويج أمته عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله كما سبأ في وقد قرر عندهم ان من ملك شيئا يملك ما هو من ضروراته كما مر من قبل فلو كان ذلك من ضروراتها لملكه المأذون له أيضا اجماعا فلا يحصى عن المذور في كلام الشارح المزبور الا بأن يجعل لفظ التجارة في كلامه مجازا عن مطلق الكسب اطلاقا للخاص على العام (قوله وكذلك الاب والوصي في رقيق الصغير بمنزلة المكاتب) يعني يملك الاب والوصي في رقيق الصغير ما يملكه المكاتب في رقيق نفسه ولا يملكه في رقيق الصغير ما لا يملكه في رقيق نفسه فيمكن ان تزويج أمة الصغير وكتابة عبده لا تزويجه ولا بيعه من نفسه ولا اعتاقه على مال كذا قالوا واعترض عليه صاحب الاصلاح والايضاح حيث قال فيما نقل عنه في الحاشية لقائل أن يقول الاعتاق على مال أنفع من البيع على ما مر ولا مانع ههنا بخلاف المكاتب فان كون العتق فوق الكتابة مانع عنه فاذا ملك البائع كان ينبغي أن يملك العتق على مال أيضا اهـ (أقول) لم يفرق في هذا الكتاب ولا في كتابه ولا في شيء من الكتب ان العتق أنفع من البيع وانما الذي مر ونقرر في عامة الكتب ان الكتابة أنفع من البيع لانها لا تزيل الملك الا بعد وصول البذل الى المالك والبيع بزيه قليله ولا شك ان

قوله (فأما المأذون له) فظاهر وقوله (وعلى هذا الخلاف المضارب والمفاوض) ذكر في بعض الشروح أن المفاوض يجوز له أن يكتب عبد الشركة بلا خلاف واستدل بنقل عن الكرخي وغيره ليس فيه ذكر الخلاف وقال ترك ذكر الخلاف لدليل على الاتفاق وفيه ما فيه رقبه (هو) يعني أبابوسف (فاسه على المكاتب) فإن المكاتب يجوز له أن يزوج الأمة فكذلك المأذون له (واعتبره بالاجارة) أي اعتبره بالتزويج بالاجارة فإن المأذون له جاز له أن يزوج عبده أو أمته فكذلك يجوز له أن يزوج أمته وقاسه واعتبره مترادفان وقيل استعمل القياس بين العيين أي المأذون والمكاتب والاعتبار بين الفعلين أي التزويج والاجارة لأن المماثلة (٣٤٧) بين العيين ظاهرة إذ في كل منهما فاك

الحجر وإطلاق التصرف فكان ذكر القياس فيه أولى بخلاف الفعلين لأن المماثلة بينهما ليست إلا من حيث الفعلية لا غير لان الاجارة معاوضة مال بمال بخلاف التزويج وفيه نظر لأن المراد بالقياس أن كان هو الشرعي فذلك لا يكون بين عيين

قال (فأما المأذون له فلا يجوز له شيء من ذلك عند أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف له أن يزوج أمته) وعلى هذا الخلاف المضارب والمفاوض والشريك شركة عنان هو قاسه على المكاتب واعتبره بالاجارة الاعتقاد على مال يزيله قبله أيضا مع ما فيه من إثبات الدين في ذمة المفسد كما مر آنفا فلم يكن أنفع من البيع لا محالة ولا نظير البيع فيقل قوله فإذا ملك البيع كان ينبغي أن يملك العتق على مال أيضا (قوله) فأما المأذون له فلا يجوز له شيء من ذلك عند أبي حنيفة ومحمد رجحهما الله وقال أبو يوسف له أن يزوج أمته) أقول في هذا الخبر برفع اشكال لأنه ان كان المشار اليه بذلك في قوله فلا يجوز له شيء من ذلك ما ذكره قبيل هذه المسئلة من قوله وان أعتق عبده على مال أو باعه نفسه أو زوج عبده لم يجز مع كون كلمة أمافي قوله فأما المأذون له فلا يجوز له شيء من ذلك مما ياباه اذ حكم ما ذكره قبيلها أيضا عدم الجواز بنا فيه قوله وقال أبو يوسف له أن يزوج أمته فان تزويج الأمة ليس بداخل في هاتيك الصور المذكورة قبيل هذه المسئلة فبمعنى بيان خلاف أبي يوسف فيه وان كان المشار اليه بذلك مجموع ما ذكر في هذا الباب فينتجه عليه أنه يجوز له بعض ذلك كالبيع والشراء فانه ما يجوز ان المأذون له قطعاً كما يجوز ان للمكاتب فلا معنى للسلب الكلي فان قلت المشار اليه بذلك مجموع ما ذكر في هذا الباب أصالة ومسئلة جواز البيع والشراء والسفر انما ذكر في أول هذا الباب تمهيدا لقوله فان شرط عليه أن لا يخرج من الكوفة الخ كما ذكره صاحب العناية ثم قلت قد عرفت هناك أن ما يصلح للتمهيد انما هو مسئلة جواز السفر دون مسئلة جواز البيع والشراء فحديث الذكر للتمهيد دون الأصالة لا يتم عذرا لذلك ولا هنا واعلم ان صاحب الوقاية ذكر في هذا الباب أولا ما يصح من تصرفات المكاتب بقوله صح بيعه وشراؤه وسفره وان شرط ضده وانكاح أمته وكتابه عبداً وثانيا ما لا يصح منها بقوله لا تزوجه الا بانه ولا يهتبه ولو بهوض وتصدق له الا بيسير وتكفله واقراضه واعتاق عبده ولو بمال ثم لما قال وشيء من ذلك لا يصح من مأذون ومضارب وشريك فلفظ شارحها صدر الشريعة لما في المشار اليه من الاشتباه والاشكال فحمل الاشارة على المنفيات فقط وهي من قوله لا تزوجه الخ لكونها على قرن واحد ولم يحملها على مجموع المنفيات والمنشآت لعدم عامها في صورة البيع والشراء من المنشآت وأمافي هذا الكتاب فلا يتسر هذا التوجيه أما أولا فلا أن المنفيات لم تذكر فيه على قرن واحد بل ذكرت كل واحدة من المنفيات والمنشآت مختاطبة مع الأخرى فلا تفهم الاشارة الى البعض دون الآخر من اللفظ وأما ثانيا فلا أن قوله وقال أبو يوسف له أن يزوج أمته يمنع ذلك لان تزويج الأمة من قبيل المنشآت في المكاتب وأنا أتعجب من شرح هذا الكتاب كيف لم يتعرض أحد منهم ههنا للتوجيه ولا للاستشكال مع ظهور الركاكة في التحرير (قوله) هو قاسه على المكاتب واعتبره بالاجارة) أي أبو يوسف قاس المأذون له على المكاتب فان المكاتب يجوز له أن يزوج أمته فكذلك المأذون له واعتبره بالتزويج بالاجارة فان المأذون له يجوز له أن يزوج عبده وأمته فكذلك يجوز له

(قوله) وقوله فأما المأذون له فظاهر) أقول لا وجه للفاء اذ لا يتضمن المبتدأ معنى الشرط (قوله) ذكر في بعض الشروح) أقول يعني غاية البيان (قوله) وفيه ما فيه) أقول فان دلالة ترك ذكر الخلاف على الاتفاق وما ذكره عن الكرخي أيضا ممنوعة لكن العلامة الاتقاني لم يقتصر في الاستدلال على ترك ذكر الخلاف من الكرخي وغيره بل نقل عن شرح الجامع الصغير للفقهاء أي الليث وعن شرح الطحاوي للإمام الاسيحي ما يدل صريحا على الاتفاق وما ذكره عن الكرخي أيضا يصلح مؤيدا لذلك وبكفي ذلك ما ذكره في

هذا المقام ثم قوله يجوز له أن يكتب عبد الشركة سهو من قلم الكاتب والصواب يجوز له تزويج الأمة اذ الكلام فيه (قوله) وقيل استعمل القياس) أقول القائل هو السغفاني (قوله) لان المماثلة بينهما ليست إلا من حيث الفعلية) أقول في الحصر كلام فانه ما يمتثلان في كون كل منهما من طرق الكسب (قوله) لان الاجارة معاوضة مال بمال الخ) أقول لا يدل على الحصر الذي ادعاه (قوله) وفيه نظر لان المراد بالقياس ان كان هو الشرعي الخ) أقول المراد هو القياس الشرعي وقوله لا يكون بين عيين ان أراد أنه لا يكون بين عيين حقيقة فسلم وان أراد أنه لا يجعل العيان مقياسا ومقياسا عليه مجازا ففساده ظاهر والحكم بالأوليه لظهور المماثلة في الأول دون الثاني

ولهـ ما أن المأذون له علك التجارة وهذا ليس بجارة فأما المكاتب يتملك الا كساب وهذا اكتساب

أن يزوج أمته كذا في الشروح (أقول) في كل من قياسه واعتباره نظراً ما في الأول فلا تلو صرح قياس
المأذون له على المكاتب فيما يجوز له لصح قياسه عليه في كتابة عبده أيضاً فان المكاتب يجوز له أن يكتب
عبده فينبغي أن يجوز له أيضاً أن يكتب عبده بطريق القياس مع أن كتابة المأذون له عبده
على ما يجوز بالاتفاق وأما في الثاني فلا لأنه لو تم اعتبار تزويج بالاجارة من حيث أن جوازها للمأذون له
بقتضى جوازها أيضاً لم أن يجوز تزويج عبده أيضاً كما يجوز اجارة عبده وأمته على ما نصوا عليه مع
أنه لا يجوز له تزويج عبده بالاجماع ثم إن صاحب النهاية قال ثم استعمل لفظ القياس في العيينين وهما
المأذون والمكاتب ولتظ الاتصاف في الفعلين وهما التزويج والاجارة لان المماثلة بين هذين العيينين
ظاهرة إذ في كل منهما فلك الحجر واطلاق التصرف فكان شرط القياس موجوداً فاستعمل لفظ القياس
لذلك وأما في هذين الفعلين فالمماثلة بينهما من حيث الفعلية لا غير لما ان الاجارة من المعامضات المالية
من الجانبين لان للنفقة حكم المالية ألا يرى ان الحيوان لا يثبت ديناً في الذمة بمقابلة المنافع كما يثبت
ديناً بمقابلة الاموال الحقيقية في البيع فكان استعمال لفظ الاعتبار هناك أليق اه كلامه (أقول)
فيه بحث أما أولاً فلا لأنه ان أراد بقوله إذ في كل منهما فلك الحجر واطلاق التصرف ان في كل منهما فلك
الحجر واطلاق جميع التصرفات فليس كذلك قطعاً إذ لا يجوز لكل واحد منهما كثير من التصرفات على
ما فصل في كتابيهـ ما وان أراد بذلك ان في كل منهما فلك الحجر واطلاق التصرف الذي أطلق في
الآخر أيضاً فليس كذلك أيضاً ألا يرى أنه يجوز للمكاتب أن يكتب عبده ولا يجوز ذلك للمأذون له بالاتفاق
وان أراد بذلك ان في كل منهما فلك الحجر واطلاق التصرف بعض من التصرفات في الجملة فهم هذا القدر
لا تتحقق المماثلة المعصية للقياس فضلاً عن ظهورها وأما ثانياً فلا لأن قوله لما ان الاجارة من
المعامضات المالية من الجانبين الخ لا يدل على أن تكون المماثلة بين ذينك الفعلين من حيث الفعلية
لا غير فان انتفاء المماثلة الغير الفعلية بينهما من الحيثية المخصوصة لا يستدعي انتفاءها من الحيثيات
الانفرادية من جملتها كون كل منهما من طرق الكسب فلا يتم التقريب وقال صاحب العناية بعد نقل
ما في النهاية وفيه نظر لان المراد بالقياس ان كان هو الشرعي فذلك لا يكون بين عيينين وان كان غير
ذلك فلا نسلم أولويته اه (أقول) هذا النظر مندفع فان المراد بالقياس هو الشرعي كما يرشد اليه
جعله دليلاً على المسئلة الشرعية قوله فذلك لا يكون بين عيينين ان أراد به أنه لا يكون بين نفسى العيينين
من حيث ذاتيهما فهو مسلم ولكن ليس مراد صاحب النهاية باستعمال القياس بين العيينين استعماله
بينهما من تلك الحيثية بل مراده بذلك استعماله بينهما من حيث عملهما وتصرفهما ولا ريب في جريان
القياس الشرعي بينهما من هذه الحيثية وان أراد به أنه لا يكون بين العيينين بهيئته من الحيثيات فهو
فاسد لا محالة على انه لو كان المراد بالقياس ههنا غير الشرعي كان منع الاولوية أيضاً ماقطاً لان لفظ
القياس أكثر وأشهر استعمالاً في معنى المماثلة من لفظ الاعتبار حتى ان معنى المماثلة كان معتبراً في أصل
معنى القياس من حيث اللغة وعن هذا قال في صحاح الجوهري وغيره فاس الشيء بالسى قد روى على مثاله
فكان استعمال لفظ القياس في الشئين الذين بينهما مماثلة ظاهرة واستعمال لفظ الاعتبار في الامرين
الذين بينهما مماثلة خفية أولى من العكس قطعاً لان فيه توفيق الاقوى والاغنى والاضعف للاضعف ثم ان
رأى صاحب العناية ههنا أن يكون لفظ القياس ولفظ الاعتبار مترادفين حيث قال قبل نقل ما في
النهاية وقاسه واعتبر مترادفان اه (أقول) ان أراد انهما مترادفان من حيث اللغة فهو ممنوع جداً

وان كان غير ذلك فلا نسلم
أولويته (ولهما) وهو الفرق
بين المأذون والمكاتب (أن
المأذون له علك التجارة
وهذا) أي تزويج الامة (ليس
تجارة) لانه ليس بمبادلة
المال بالمال والتجارة ذلك
(والمكاتب علك الا كساب
وهذا اكتساب) لانه اسم
لما يتوصل به الى المال
وبالتزويج توصل المولى
الى المهر فكان اكتساباً

(قوله وان كان غير ذلك
فلا نسلم أولويته) (أقول فيه
بحث

(قوله ولأنه) أي التزويع دليل آخر ومعناه أن اعتبار التزويع بالكتابة لانها مبادلة مال بغير مال أولى من اعتباره بالاجارة لانها مبادلة المال بالمال لان المنافع في باب الاجارة مال (ولهذا) أي ولأن التزويع ليس من الاكتساب (لايلا هؤلاه) أي المأذون والمضارب والمفاوض وشريك العنان والمكاتب (كلهم تزويج العبد) لانه ليس باكتساب المال

فصل لما فرغ من ذكر مسائل من هو داخل في الكتابة بطريق الاصل ذكر في هذا الفصل مسائل من يدخل فيها بطريق التبعية وما يتبعها والتبع يتلو الاصل قال (واذا اشترى المكاتب أباه أو ابنه دخل في كتابته) تقديم الاب في الذ كرهنا على ابنه لتعظيم وأما في ترتيب القوة في الدخول في كتابته فالابن مقدم على الاب (٣٤٩) سواء كان مولودا في الكتابة

أو مشترى والمولود مقدم على المشتري فان المولود

يظهر في حقه جميع أحكام الكتابة بطريق التبعية فانه يحرم بيعه حال حياته ويقبل منه بدل الكتابة على نجوم الاب والمشتري يحرم بيعه حال حياته ويقبل منه البدل بعدم موت الاب حالا ولا يتمكن من السعاية على نجوم الاب لظهور نقصان خاله عن المولود في الكتابة في التبعية وأما الاب فانه يحرم بيعه حال حياته ابنه المكاتب ولم يقبل منه البدل بعدم موته حالا ولا مؤجلا وانما قال دخل في الكتابة ولم يقل صار مكاتباً لانه لو صار مكاتباً لكان أصلاً ولبقيت كتابته بعد هجر المكاتب الاصلى وليس كذلك بل اذا عجز المكاتب ببيع الاب لما أن كتابة الداخل بطريق التبعية لا الاصله فان

ولانه مبادلة المال بغير المال فيعتبر بالكتابة دون الاجارة اذ هي مبادلة المال بالمال ولهذا لا يملك هؤلاه كلهم تزويج العبد والله أعلم **فصل** قال (واذا اشترى المكاتب أباه أو ابنه دخل في كتابته)

وان أراد انهم مترادفان في عرف الفقهاء أو المصنفين فلا وجه فليتبّع (قوله ولأنه مبادلة المال بغير المال فيعتبر بالكتابة دون الاجارة اذ هي مبادلة المال بالمال) أقول يرد على قوله اذ هي أي الاجارة مبادلة المال بالمال أنه يارزم حينئذ أن ينتقض تعريفهم البيع بمبادلة المال بالمال بالاجارة مع انه تعريف مسلم متفق عليه وأورد عليه بعض الفضلاء وجه آخر حيث قال فيه بحث لانه يخالف لما ذكره الشارحون في وجهه مناسبة الكتابة بالاجارة فليتنامل اه (أقول) يمكن التوفيق بين ما ذكره المصنف ههنا وبين ما ذكره الشراح في وجهه مناسبة الكتابة بالاجارة في صدر كتاب المكاتب وهو قولهم أو رد عقد الكتابة بعد عقد الاجارة لمناسبة ان كل واحد منهما عقد يستفاد به المال بمقابله ما ليس بمال اه بأن مرادهم عا ليس بمال ما ليس بمال حقيقة ومراد المصنف بالمال في قوله اذ هي مبادلة المال بالمال ما هو مال حكما وان لم يكن مالا حقيقة فان أحد البدلين في عقد الاجارة وهو المنفعة جعل في حكم المال بتسليم رقبته العين واقامتها مقام المنفعة بخلاف عقد الكتابة ويقصم عن كون المراد بالمال في قوله اذ هي مبادلة المال بالمال ما قلنا قول صاحب معراج الدراية في تعليل ذلك لما ذكرنا من ان المنفعة في الاجارة في حكم المال اه ثم أقول ويمكن أن يحتمل المال في تعريفهم البيع بمبادلة المال بالمال على المال الحقيقي دون ما يتناول الحكمي بناء على قاعدة انصراف المطلق على الكمال حينئذ لا يرد انتقاض تعريف البيع بالاجارة لان أحد البدلين هناك مال حكمي لا حقيقة كما عرفت اه ثانياً ثم ان غاية الشراح قالوا في تعليل قول المصنف اذ هي مبادلة المال بالمال لان المنافع في باب الاجارة مال وقال صاحب النهاية بعد ذلك التعليل ولان المنافع في باب الاجارة تصلح مهرًا في النكاح مع ان النكاح شرع ابتغاه بالمال لقوله تعالى أن يتنوبا بأموالكم اه وهكذا قال صاحب العناية أيضا غير أنه لم يذكر الوافي قوله لان المنافع في باب الاجارة تصلح مهرًا في باب النكاح بل جعله على الملقطه (أقول) فيه بحث لانه يخالف ما ذكره المصنف في باب المهر من كتاب النكاح في تعليل قوله وان تزوج حرامرأة على خدمته سنة أو على تعليم القرآن فلها مهر مثلها حيث قال بعد بيان خلاف الشافعي في ذلك ولنا ان المشروع وانما هو الابتغاء بالمال والتعليم ليس بمال وكذا المنافع على أصلنا اه فانه صريح في ان المنافع ليست بمال على أصلنا سيما في باب النكاح فتأمل

فصل لما فرغ من ذكر مسائل وقوع الكتابة بطريق الاصله شرع في ذكر مسائل وقوعها

(٣٣ - نكته سابع) قيل ما الفرق بين المشتري في الكتابة من الاولاد وبين ما اذا كاتب عبده على نفسه وولده الصغير فانه اذا أعتق المشتري لم يسقط من البدل شيء واذا أعتق الصغير يسقط من البدل ما يخصه أوجب بأن المشتري تباع من كل وجه قال المصنف (ولانه مبادلة المال بغير المال فيعتبر بالكتابة دون الاجارة اذ هي مبادلة المال بالمال) أقول فيه بحث لانه يخالف لما ذكره الشارحون في وجهه مناسبة الكتابة بالاجارة فليتنامل (قوله ولهذا أي ولأن التزويع ليس من الاكتساب) أقول ان أراد تزويج الامة فلا شأنه من الاكتساب وان أراد مطلقا لم يدع أحداً منه من الاكتساب **فصل** واذا اشترى المكاتب (قوله والمولود مقدم) أقول أي المولود في الكتابة الخ (قوله فانه يحرم بيعه حال حياته) أقول يعني حال حياة الاب (قوله على نجوم الاب) أقول يعني بعدم موته

فلا معتبر به في أمر البذل لتقرر قبل دخوله في الكتابة وأما الصغير فقد كان مقصودا بالعقد من وجهه وكان البذل في مقابلته ومقابله والده فلهذا يسهل ما يخصه ثم المكاتب اذا اشترى من بينه وبينه ولا يدخل في كتابته كما ذكرنا لانه لم يكن من أهل الاعتاق جعل مكاتباً تحقيقاً للصلة بقدر الامكان (واذا اشترى ذارحم محرم منه لا ولاد له يدخل في كتابته عند أبي حنيفة وقال لا يدخل اعتباراً بقرابة الولاد لان وجوب الصلة ينتظمهما ولهذا لا يفتقران في الحر في حق الحرية ولا في حنيفة ان المكاتب كسباً لملكاً لانه ملك لغيره كما عرف ولهذا لا يملك الهبة ولو اشترى زوجته (٢٥٠) لم يفسد النكاح (والكسب يكتفي للصلة في الولاد) لافي غيره (الأب يرى

القادر على الكسب مخاطب بنفقة الوالد والولد ولا يجب نفقة الاخ الاعلى الموسر ولان هذه) أي قرابة الاخوة (توسط بين القرابة البعيدة من (بنى الأعمام) والقرابة القريبة (و) هي (الولاد) والمتوسط بين الشبهين ذو حظ منهما (ف) حملنا بالشبهين (والحقنا بالثانية) أي القرابة في العتق حتى اذا ملك الحر أخاه عتق عليه كما اذا ملك والده أو ولده (وبالاولى) أي بالبعيدة (في الكتابة) حتى اذا ملك المكاتب أخاه لم يدخل في كتابته كما اذا ملك ابن عمه (وهذا أولى) من العكس لانا لو الحقناها بالولاد في الكتابة وجب علينا أن نلحقها به أيضاً في العتق (لانه أسرع نفوذاً من الكتابة حتى ان أحد الشرير يكن اذا كاتب كان لا آخر فضحه واذا أعتق ليس له ذلك) وفي ذلك ابطال لاحد الشبهين واعمالهما ولو بوجه أولى من اهمال أحدهما قال (واذا اشترى

لانه من أهل أن يكاتب وان لم يكن من أهل الاعتاق فيجعل مكاتباً تحقيقاً للصلة بقدر الامكان ألا ترى أن الحر متى كان يملك الاعتاق يعتق عليه (وان اشترى ذارحم محرم منه لا ولاد له يدخل في كتابته عند أبي حنيفة وقال لا يدخل) اعتباراً بقرابة الولاد وجوب الصلة ينتظمهما ولهذا لا يفتقران في الحر في حق الحرية وله أن يكاتب كسباً لملكاً غير أن الكسب يكتفي للصلة في الولاد حتى ان القادر على الكسب مخاطب بنفقة الوالد والولد ولا يكتفي في غيره ما حتى لا تحب نفقة الاخ الاعلى الموسر ولان هذه قرابة توسطت بين بنى الأعمام وقرابة الولاد فالحقنا بالثاني في العتق وبالأول في الكتابة وهذا أولى لان العتق أسرع نفوذاً من الكتابة حتى ان أحد الشرير يكن اذا كاتب كان لا آخر فضحه واذا أعتق لا يكون له فضحه قال (واذا اشترى أم ولده دخل ولدها في الكتابة ولم يحز بيعها) ومعناه اذا كان معها ولدها أمادخول الولد في الكتابة فلما ذكرناه وأما امتناع بيعها فلانها تبع للولد في هذا الحكم قال عليه الصلاة والسلام أعتقها ولدها وان لم يكن معها ولدها فمك ذلك الجواب في قول أبي يوسف ومحمد لانها أم ولدها فلا يبي حنيفة

بسميل التبعة وما يتبعه لان التبعية يتلوا الاصل (قوله واذا اشترى أم ولده دخل ولدها في الكتابة ولم يحز بيعها) هذا لفظ القدوري قال المصنف ومعناه اذا كان معها ولدها وقال صاحب العناية في شرح المقام امرأة المكاتب الفتنة اذا ولدت قبل أن يملكها المكاتب بوجه من الوجوه فملكها فان ملكها مع الولد فليس له أن يبيعها بالاتفاق (أقول) في عبارته خلل لان الفتنة بالثاني في وصف المرأة تخالف اللغة اذ قد تقرر في كتب اللغة عامة ان لفظ القن يستوي فيسه الاثنان والجمع والمؤنث حيث قال صاحب المغرب وأما فتنة فلم أسمعه اه (قوله وأما امتناع بيعها فلا) انها تباع للولد في هذا الحكم قال عليه الصلاة والسلام أعتقها ولدها قال تاج الشريعة فان ثبت للولد حقيقة الحرية ثبت للام حقها وهما ثبتت السواد حق الحرية فينبغي أن لا يثبت للام حقها تحقيقاً لا لخطا رتبته عن الولد فلت للكتابة أحكام منها عدم جواز البيع فيثبت للام هذا الحكم دون الكتابة تحقيقاً لا لخطا الرتبة فان قلت لم لا تصير مكاتباً تبعاً للولد قلت لان العقد ما ورد عليها اه (أقول) فيه نظر لان عدم ورود العقد عليها لا يقتضي أن لا تصير مكاتباً تبعاً للولد وانما يقتضي أن لا تصير مكاتباً أصالة الأب يرى ان المكاتب اذا اشترى أباه دخل أبوه في كتابته ويصير مكاتباً تبعاً للولد كما مر من العقد ما ورد على الأب هنالك أيضاً فطعنا بالصواب في الجواب عن السؤال الثاني أن يقال انما لا تصير مكاتباً تبعاً للولد تحقيقاً لا لخطا رتبته عن ولدها في حق الحرية ألا يرى أنها لا تصير حرة في الحال تبعاً لحرية ولدها في الحال بل يثبت لها عتق مؤجل بموت سيدها على ما عرف في موضع فكذا لا تصير مكاتباً تبعاً للولد بل يثبت لها بعض أحكام الكتابة كما ذكر في الجواب عن السؤال الاول بخلاف الأب اذا

أم ولده الخ) امرأة المكاتب الفتنة اذا ولدت قبل أن يملكها المكاتب بوجه من الوجوه فملكها فان ملكها مع الولد فليس له أن يبيعها بالاتفاق لان ولدها دخل في الكتابة كما مر ولم يحز بيعها اذا عجز والام تابعة للولد في هذا الحكم قال صلى الله عليه وسلم أعتقها ولدها وان ملكها واحد فمك ذلك عندهما لانها أم ولدها فلا يبي حنيفة (قوله ولان هذه أي قرابة الاخوة) أقول الانسب أن يقال أي قرابة الحرية غير الولاد (قوله قبل أن يملكها المكاتب بوجه من الوجوه) أقول أي بالشراء والهبة أو الاجارة وقوله بوجه متعلق بقوله يملكها

له أن القياس جواز بيعها وان كان الولد معها لان كسب المكاتب موقوف على أداء جميع البدل فان أدى عتق وما فضل معه فهو له وان عجز عاده هو ماله للولي وكل موقوف يقبل الفسخ فكسب المكاتب يقبل الفسخ ولا يجوز أن يتعلق به مالا يقبل الفسخ كالاستيلاد لان مالا يقبله أقوى من الذي يقبله والأقوى لا يجوز أن يكون تبعاً للادنى لأنه يثبت هذا الحق وهو امتناع البيع فيما اذا كان معها ولد تبعاً لثبوتها في الولد بناء عليه وبدون الولد لو ثبت هذا الحق ثبت ابتداء والقياس ينفيه ولقائل أن يقول القياس كما ينفيه ابتداء ينفيه مع الولد على ما ذكر في أول الدليل فتخصيص نفيه بالابتداء مع أنه منافي لصدر الكلام بتحكم والجواب أنه ليس بتحكم وانما هو من باب الاستحسان بالآثر وهو قوله صلى الله عليه وسلم أعتقها وولدها ولاشك ان الولد انما يعتق الام اذا ملكه الاب وقوله والقياس ينفيه يعني ولا نص فيه يترك به القياس بخلاف ما اذا كان معها الولد (٣٥٩) (وان ولد المكاتب ولد من أمة

دخل في كتابته لما ينفى (المشتري) يعني في أول الفصل حيث قال لانه من أهل أن يكاتب ان لم يكن من أهل الاعتاق واعترض بأن المكاتب لا يملك التسري فمن أين له ولد من الامه حتى يدخل في الكتابة وأجيب بأن معنى قوله لا يملك التسري لا يحصل له وطء أمته لكن ان وطئ وادعى النسب ثبت النسب كالجارية المشتركة فانه ليس لاحد التسري كمن وطئها كمن ان وطئها فولدت وادعاء ثبت النسب قال في الميسر جارية بين حرم مكاتب ولدت ولدا فادعاء المكاتب فان الولد له والجارية أم ولده ويضمن نصف عقرها ونصف قيمتها ولا يضمن من قيمة الولد شيئاً لان المكاتب بماله من حق الملك في كسبه عكس الدعوة كالحرف بقيام الملك له في نصفها

وله أن القياس أن يجوز بيعها وان كان معها ولد لان كسب المكاتب موقوف فلا يتعلق به مالا يحتمل الفسخ الا أنه يثبت به هذا الحق فيما اذا كان معها ولد تبعاً لثبوتها في الولد بناء عليه وبدون الولد لو ثبت ثبت ابتداء والقياس ينفيه (وان ولده ولد من أمة دخل في كتابته) لما ينفى في المشتري (وكان حكمه حكمه وكسبه) لان كسب الولد كسب كسبه ويكون كذلك قبل الدعوة فلا يقطع بالدعوة اختصاصه وكذلك ان ولدت المكاتبه ولدا لان حق امتناع البيع ثابت فيما هو كذا فيسرى الى الولد كالتدبير والاستيلاد

ملكه ولده فانه يدخل في عين حرية ولده سواء كانت حقيقة الحرية أو حقها حقيقة الصلة بقدر الامكان على ما مر ثم قال تاج الشريعة فان قلت العقد ما ورد على الولد أيضاً قلت ورد على المكاتب والولد جزؤه فيكون واردا عليه بخلاف الامه اه (أقول) فيه أيضاً نظر لان كون قرابة الولد قرابة جزئية لا يقتضي أن يكون ورود العقد على الاب وورود على الولد أيضاً ولا يلزم أن تكون كتابة الولد أيضاً فيما نحن فيه أصالة لا تبعاً والله فلا يصح قول المصنف أمد دخول الولد في الكتابة فلماذا كررنا كما لا يخفى ويلزم أيضاً أن لا يثبت فرق عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى بين ما اذا كان معها ولدها في الاشتراء وبين ما اذا لم يكن ولدها معها فيه تدبر تنق (قوله له أن القياس أن يجوز بيعها وان كان معها ولد لو ثبت ثبت ابتداء والقياس ينفيه) قال صاحب العناية ولقائل أن يقول القياس كما ينفيه ابتداء ينفيه مع الولد على ما ذكر في أول الدليل فتخصيص نفيه بالابتداء مع أنه منافي لصدر الكلام بتحكم والجواب أنه ليس بتحكم وانما هو من باب الاستحسان بالآثر وهو قوله صلى الله عليه وسلم أعتقها وولدها ولاشك ان الولد انما يعتق الام اذا ملكه الاب وقوله والقياس ينفيه يعني ولا نص فيه يترك به القياس بخلاف ما اذا كان معها ولدها الى هنا كلامه (أقول) في الجواب بحث وهو ان الأثر المذكور لا يفرق بين ما اذا كان معها ولدها وبين ما اذا لم يكن معها ولد بل هو بظاهر إطلاقه يتناول صورتين معاقبته ولاشك ان الولد انما يعتق الام اذا ملكه الاب ان أراد أن الأثر المذكور يدل عليه فهو ممنوع جداً وان أراد به ان ذلك المعنى ثابت مقرر بدون دلالة الأثر المذكور عليه فهو يؤدي الى المصادمة اذ هو أول المسئلة فان الاماين لم يقبله فلهذا لم يجوز بيع المكاتب امر أنه المشتراة التي ولدت منه قبل أن يملكها بناء على انها أم ولده وان لم يملك ولدها

هنا يثبت نسب الولد منه من وقت العاوق وثبت لها حق أمة الولد في حق امتناع البيع تبعاً لثبوت حق الولد (قوله وكان حكمه حكمه) أي حكم الولد كحكم المكاتب (وكسبه) أي كسب الولد لوالده (لان كسب الولد كسب كسبه) اذا الولد كسبه (وكان ذلك قبل الدعوة فلا يقطع بالدعوة اختصاص المكاتب بكسبه ولده وكذلك انا ولدت المكاتب من زوجها دخل الولد في كتابته لان حق امتناع البيع ثابت فيما هو كذا) فصار من الاوصاف القارة الشرعية والاوصاف القارة الشرعية في الامهات (كالتدبير والاستيلاد) والحرية والرق تسرى الى الاولاد فقوله مؤكداً لشارة الى ذلك احتراز عن ولد الابنة فان بيعها لا يجوز وبيع ولدها لا يجوز لان امتناع البيع في الابنة غير مؤكداً الا باق مما لا يدوم وكذا بيع المستأجرة والجنانية فان الامه اذا تصفت بهما امتنع بيعها الامتنع وبأنشئ لكنه ليس بمؤكداً فقوله الامهات احتراز عن مثل هذين الوصفين وقوله الشرعية احتراز عن السواد واليباض والطول والقصر

فانما الاتسرى واذا سرت كتابتها الى ولدها لم يجز بيعه كالم يجز بيع أمه قال (ومن زوج أمته من عبده) هذا أيضا بناء على أن الاوصاف القارة الشرعية في الامهات تسرى الى الاولاد ولهذا كان الولد اخلاقي كتابة الام وكسبه لها (قوله لان تبعية الام أرجح) اشارة الى ما ذكرنا ولهذا استوضح بقوله ولهذا يتبعها في الرق والحرية وفي بعض النسخ دخل في كتابتها ما وكسبه لها أي في الدخول يتبعهما وفي الكسب يتبعها خاصة والاول هو الوجه لان فائدة الدخول هو الكسب وانما كان تبعية الام أرجح لانه جز منها بحيث يفرض منها بالمقراض قال (وان تزوج المكاتب باذن مولاه امرأة زعمت انها حرة فولدت منه ثم استحققت فأولادها عبيد ولا يأخذهم المكاتب بقيمة يؤذيها الى المستحق عند أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد وأولادها حرار بالقيمة) لانه ولد المغرور ولو جود سببه وهو الغرور لانه ما رغب في نكاحها الانسال حرة الاولاد فيجب عليه قيمة الاولاد والمهر في الحال لو جود الاذن من المولى والاولاد احرار هكذا في المبسوط وفي شروح الجامع الصغير أن قيمة الاولاد عنده تأخر أداؤها (٢٥٣) الى ما بعد العتق واليه أشار المصنف بقوله (لان حق المولى هناك مجبور بقيمة

فاجرة الخ) ثم اذا غرم القيمة يرجع عليه عنده لان الغرور حصل منها (ولهما انه مولود بين رقيقين والمولود بين رقيقين رقيق وهذا لان الاصل في الولد أن يتبع الام في الرق والحرية لكن تركنا هذا الاصل فيما اذا كان الرجل حرا باجماع الصحابة) وقد قررنا في التفسير (وهذا) أي ولد المكاتب (ليس في معناه لان حق المولى هناك مجبور بقيمة ناجرة وههنا بقيمة متأخرة الى ما بعد العتق) فكان المانع عن الاخلاق به موجودا وهو الضرر اللاحق بالمستحق في التأخير (فيبقى على الاصل ولا يلحق به واذا اشترى المكاتب أمة ووطئها بغير اذن المولى) أو باذنه لكنه قال بغير اذنه ليتبين منه ما اذا كان باذنه

قال (ومن زوج أمته من عبده ثم كاتبها فولدت منه ولد ادخل في كتابتها وكان كسبه لها) لان تبعية الام أرجح ولهذا يتبعها في الرق والحرية قال (وان تزوج المكاتب باذن مولاه امرأة زعمت انها حرة فولدت منه ثم استحققت فأولادها عبيد ولا يأخذهم بالقيمة وكذلك العبد باذن له المولى بالتزويج وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد وأولادها حرار بالقيمة) لانه شارك الحر في سبب نبوت هذا الحق وهو الغرور وهذا لانه ما رغب في نكاحها الانسال حرة الاولاد ولهما انه مولود بين رقيقين فيكون رقيقا وهذا لان الاصل ان الولد يتبع الام في الرق والحرية وخالفنا هذا الاصل في الحر باجماع الصحابة رضي الله عنهم وهذا ليس في معناه لان حق المولى هناك مجبور بقيمة ناجرة وههنا بقيمة متأخرة الى ما بعد العتق فيبقى على الاصل ولا يلحق به قال (وان وطئ المكاتب أمة على وجه الملك بغير اذن المولى ثم استحقها رجل فعليه العقر يؤخذ به في الكتابة

قط على أن قوله ولا شئ أن الولد انما يعتق الام اذا ملكه الاب ليس بتمام على قول أصحابنا جميعا لانه ان اراد بالملك في قوله اذا ملكه الاب ملك اليمين فهو ليس بشرط في اعتاق الولد أمه عند أحد من الفقهاء ألا يرى أن الحر اذا استولد أمة نفسه لا يجوز بيعها بالانزال المزبور بعينه مع أن الولد هناك ليس بمملوك للاب ملك اليمين ولا ريب وان اراد بذلك ملك التصرف في أمره بالولاية عليه فهو أيضا ليس بشرط في اعتاق الولد أمه عند أصحابنا فان من استولد أمة غير منكاح ثم ملكها صارت أم ولده عند أصحابنا جميعا على ما مر في باب الاستيلاء من كتاب العتاق فلا يجوز بيعها عندهم مع أن التصرف في أمر ذلك الولد في الولاية عليه انما هو لذلك الغير الذي كان مولى ذلك الولد بسبب ان كانت الامة مملوكة له عند الاستيلاء لا لايه فظهر أن قوله ولا شئ أن الولد انما يعتق الام اذا ملكه الاب ليس بتمام على كل حال (قوله ومن زوج أمته من عبده ثم كاتبها فولدت منه ولد ادخل في كتابتها وكان كسبه لها) وفي بعض النسخ دخل في كتابتها ما وكان كسبه لها أي في الدخول يتبعهما وفي الكسب يتبعها خاصة والاول هو الوجه لان فائدة الدخول هو الكسب كذا في العناية وغيرهما قال بعض الفضلاء فيه تأمل اذ يجوز أن يقال فائدة أن يعتق بعتهها سواء كسب أم لا بأن لم يبلغ مبلغ الكسب مشلا انتهى (أقول) ليس

هذا

يطريق الاولى (ثم استحقها رجل فعليه العقر يؤخذ به في الكتابة) من غير تأخير الى الاعتاق

(قوله والاول هو الوجه لان فائدة الدخول هو الكسب) أقول فيه تأمل اذ يجوز أن يقال فائدة ان يعتق بعتهها سواء كسب أم لا بأن يبلغ مبلغ الكسب مشلا قال المصنف (وهذا ليس في معناه لان حق المولى هناك مجبور بقيمة ناجرة وههنا بقيمة متأخرة الى ما بعد العتق فيبقى على الاصل ولا يلحق به) أقول قيل وعلى تقدير ان يجب القيمة عند محمد خالفا فنقول ولد المكاتب ليس في معنى الحر لانه انخلق من ماء الرقيق وولد الحر انخلق من ماء الحر فافتقر من هذا الوجه فلا يلحق جلد بولد الحر المغرور بالقياس والدلالة فتأمل (قوله وهذا لان الاصل في الولد ان يتبع الام في الرق والحرية) أقول قد يكون الولد احرار من زوجين قتيلا تحريرا ووصية وصورته أن يكون للحر ولده هو فن لا حني فزوج الاب أمته من ولده برضا مولاه فولدت الامة ولدها فهو حر لانه ولد المولى كذا في جامع الفصولين ولا ترد هذه نقضا على الكلية لانها مقيدة بانتفاء المانع

(وان وطئها على وجه النكاح لم يؤخذ به حتى يعتق) فيما اذا كان بغير انته (و) حكم (المأذون له كذلك) فذا كان أو مدبر أو الفرق المذكور في الكتاب تقر به الكتابة أو جبت الشراء والشراء أو جبت سقوط الحد وسقوط الحد أو جبت العقر فالكتابة أو جبت العقر ولا كذلك النكاح وباقى كلامه ظاهرا لا يحتاج الى شرح

فصل مسائل هذا الفصل نوع آخر من جنس مسائل الفصل الاول ففصلها بفصل (قوله واذا ولدت المكاتب من المولى) وذلك بأن ادعاها (فهى بالخيار ان شاءت مضت على الكتابة وان شاءت عجزت نفسها وصارت أم ولده) سواء صدقته اذا ادعى أو كذبت له لان للمولى حقيقة الملك في رقبتهما وله الحق الملك والحقيقة راجحة فيثبت من غير تصديق وانما تخير (لانه نلتها جهتها حرة عاجلة ببدل وأجلة بغير بدل فتخير بينهما ونسب ولدها ثابت من المولى) سواء جاءت به لسنة أشهر أو أكثر (وهو حر لان المولى (٣٥٣) يملك الاعناق في ولدها) لان الدعوى

من المولى كالخبر ير وانه يملك تخبر بر ولدها من غيره قصدا فلا ن يملك ذلك ضمنا للدعوة بطريق الأولى وقوله (وماله من الملك) دليل قوله ونسب ولدها ثابت من المولى ويندفع به ما عسى أن يتوهم أن ملك المولى في المكاتب ناقص فلا تصح دعواه لان ملكه فيها أقوى من ملك المكاتب في مكانته بدليل جواز اعتناق المولى مكانته دون المكاتب والمكاتب اذا ادعى نسب الولد من مكانته يثبت نسبه فلا ن يثبت من المولى أولى (فان اختارت الكتابة ومضت عليها أخذت العقر من مولاه) أى مهر مثلها (لاختصاصها بنفسها) وعنافعها على ما قدمنا) يعنى قبل فصل الكتابة الفاسدة بقوله لانها صارت أخص بأجزائها توسلا الى المقصود

وان وطئها على وجه النكاح لم يؤخذ به حتى يعتق وكذلك المأذون له (ووجه الفرق أن في الفصل الاول ظهر الدين في حق المولى لان التجارة ونوايعها داخل تحت الكتابة وهذا العقر من نوايعها لانه لولا الشراء لماسقط الحد ومالم يسقط الحد لا يجب العقر أما لم يظهر في الفصل الثاني لان النكاح ليس من الاكتساب فى شئ فلا تنتظمه الكتابة كالكفالة قال (واذا اشترى المكاتب جارية شراء فاسدا ثم وطئها فردها أخذ بالعقر في المكاتب وكذلك العبد المأذون له) لانه من باب التجارة فان التصرف تارة يقع صحيحا ومرة يقع فاسدا والكتابة والاذن ينتظمانه بنوعيه كالتوكيل فكان ظاهرا في حق المولى

فصل قال (واذا ولدت المكاتب من المولى فهى بالخيار ان شاءت مضت على الكتابة وان شاءت عجزت نفسها وصارت أم ولده) لانها نلتها جهتها حرة عاجلة ببدل وأجلة بغير بدل فتخير بينهما ونسب ولدها ثابت من المولى وهو حر لان المولى يملك الاعناق في ولدها وماله من الملك يكفي لصحة الاستيلاء بالدعوة واذا مضت على الكتابة أخذت العقر من مولاه لا اختصاصا بها بنفسها وعنافعها على ما قدمنا ثم ان مات المولى عتقت بالاستيلاء وسقط عنها بدل الكتابة وان ماتت هى وتركت مالا تؤدى منه مكانتها وما بقى ميراث لابنها جريا على موجب الكتابة وان لم تترك مالا فلا سعاية على الولد لانه حر

هذا شئ لان المراد أن فائدة دخول الولد في كتابة الاب هو الكسب له لا غير لانه لا يتبع الاب في الرق والحرية فلما كان كسبه للام خاصة لم يتحقق فائدة قط في دخوله في كتابة أبيه فكان القول بدخوله في كتابة أمه فقط هو الوجه ثم ان عتق الولد يعتق أمه وانما يكون فائدة الولد نفسه لا للدخول فيه والكلام فى الشئ ولئن سلم تعميم الفائدة أوجب جعل فائدة الولد فائدة لأمه أيضا فذلك الفائدة أيضا وانما يتحقق بالنظر الى دخوله في كتابة أمه فقط فلا ينافى كون الاول هو الوجه بل يؤيده وأما حديث أن لا يبلغ الولد مبلغ الكسب فلا فائدة ههنا لان المراد بفائدة الدخول ما يصلح أن يكون فائدة فى الجلة والكسب كذلك فانه على تقدير حصوله يصير فائدة

فصل مسائل هذا الفصل نوع آخر من جنس مسائل الفصل الاول ففصلها بفصل ووصلها بالذکر كذا فى الشروح (قوله ثم ان مات المولى عتقت بالاستيلاء وسقط عنها بدل الكتابة) قال تاج الشريعة فان قلت ينبغى أن لا يسقط لان الاكساب تسلم لها وكذا اولادها

بالكتابة (ثم ان مات المولى) يعنى بعد مضى على الكتابة (عتقت بالاستيلاء وسقط عنها بدل الكتابة) على ما ذكره فان قيل وجب أن لا يسقط لان الاكساب ههنا تسلم لها وهذا آية بقاء الكتابة أوجب أن الكتابة تشبه المعاوضة والنظر الى ذلك لا يسقط البدل وتشبه الشرط والنظر اليه يسقط ألا يرى أنه لو قال لأمه أنه ان دخلت الدار فانت طالق ثم طلقها فلا يابطل التعليق فلما عتقت بالاستيلاء بطلت جهته الكتابة به فعملنا بالشبهين وقلنا بسلامة الاكساب علا يشبه المعاوضة وقلنا بسقوط بدل الكتابة علا يشبه الشرط (وان ماتت هى وتركت مالا تؤدى منه مكانتها وما بقى ميراث لابنها جريا على موجب الكتابة وان لم تترك مالا فلا سعاية على الولد لانه حر

(قوله تقر به الكتابة أو جبت الشراء) أقول فيه بحث الآن يقال المراد أو جبت صحة الشراء **فصل** واذا ولدت المكاتب (قوله سواء صدقته اذا ادعى أو كذبت له لان للمولى الحق) أقول قوله لان تعليل لقوله أو كذبت له (قوله فعملنا بالشبهين) أقول نظر لها

ولو ولد ولد آخر (وهي ماضية على الكتابة (لم يلزم المولى) بالسكوت لان نسب ولد أم الولد انما يثبت بالسكوت اذ لم تكن محرم الوطه وهذه محرم وطؤها فلا بد من الدعوة (٢٥٤) وباقي كلامه ظاهر والله اعلم قال (واذا كاتب المولى أم ولده جاز) واذا كاتب المولى أم

ولده جاز لان الكتابة يتوسل بها الى ملك السيد في الحال والحرية عند أداء البدل وحاجة أم الولد الى استفادة هذا المعنى قبل موت المولى كحاجة غيره فان كان

جائزا لا يقال أحدهما يقتضي العتق ببديل والآخر بلا بدل والعتق الواحد لا يثبت به ما فكانا متنافيين لانه لا تنافي بينهما لكونهم - ما جهتي عتق تلقاها على سبيل البديل وعورض بأن مالصة أم الولد غير متقومة عند أبي حنيفة فكيف يقابلها بديل متقوم وأجيب بأن ملك المولى فيها ثابت يدا ورقبة والكتابة لرفع الاول في أول الحال ولرفع الثاني في الثاني والمالك يجوز أن يقابل ببديل متقوم وان لم يكن متقوما كسلك القصاص اذا عفا بعض الاولياء فانه يقابل حصه الآخرين بالمال (فان مات المولى عتقت بالاسياد لتعلق عتقها بموت السيد

(قوله والعتق الواحد لا يثبت به - ما فكانا متنافيين) أقول ان أراد الوحدة الشخصية فغير مسلم وفي العتق بالكتابة تسلم لها الا كساب

بمختلف العتق بأمومية الولد وان أراد النوعية فلا تنافي (قوله على سبيل البديل) أقول وتوارد عليهما

ولو ولد ولد آخر لم يلزم المولى الا أن يدعى حرمة وطئها عليه فلو لم يدع وماتت من غير وفاء سعى هذا الولد لانه مكاتب تبعها فلومات المولى بعد ذلك عتق وبطل عنه السعاية لانه بمنزلة أم الولد اذ هو ولدها فيتبعها قال (واذا كاتب المولى أم ولده جاز) لحاجتها الى استفادة الحرية قبل موت المولى وذلك بالكتابة ولا تنافي بينهما - ماله لتلقها جهتها حرية (فان مات المولى عتقت بالاسياد) لتعلق عتقها بموت السيد

التي اشترها بعد الكتابة وهذا آية بقاء الكتابة قلت الكتابة تشبه المعاوضة والنظر الى ذلك لا يسهل البديل وتشبه الشرط والنظر اليه يسقط الا يرى انه لو قال لا امر أنه ان دخلت الدار فانت طالق ثم طلقها ثلاثا بطل التعليق فلما عتقت بالاسياد بطلت جهة الكتابة فعملنا بالشبهين وقلنا بسلامة الاكساب عما لجهة المعاوضة وقلنا بسقوط بدل الكتابة عما لجهة الشرط انتهى كلامه وقد اختلف في أثره صاحب العناية والشارح العيني في هذا السؤال والجواب (أقول) في الجواب نظر أما أولا فلانه قد تقرر فيما مر مرارا أن العمل بالشبهين انما يتصور فيما يمكن الجمع بين الجاهتين وهما ليس كذلك لان جهة كون الكتابة معاوضة تستلزم عدم سقوط البديل وجهة كونها شرط تستلزم سقوطه وهما أي السقوط وعدمه متنافيان قطعاً لا يمكن اجتماعهما في محل واحد في حالة واحدة وتنافي الا لزمين بوجوب تنافي المزومين فلا يمكن اجتماعهما كذلك وأما ثانياً فلان العمل بالشبهين لو تصور وهما فالتصور عند ثبوت الكتابة لانها هي المشابهة لكل من المعاوضة والشرط لا عند بطلانها لانه ينتفي حينئذ محل المشابهة بالكتابة فمعنى قول هؤلاء الشراح فلما عتقت بالاسياد بطلت جهة الكتابة فعملنا بالشبهين وقلنا بسلامة الاكساب عما يشبه المعاوضة وقلنا بسقوط الكتابة عما يشبه الشرط * ثم أقول الحق في الجواب عن ذلك السؤال ما أشار اليه المصنف في المسئلة الثانية بقوله غير أنه تسلم لها الا كساب والاولاد لان الكتابة انفسخت في حق البديل وبقيت في حق الاكساب والاولاد لان القسح لنظرها والنظر فيما ذكرناه انتهى تأمل (قوله واذا كاتب المولى أم ولده جاز لحاجتها الى استفادة الحرية قبل موت المولى ذلك بالكتابة ولا تنافي بينهما لانه لتلقها جهتها حرية) قال صاحب العناية لا يقال أحدهما يقتضي العتق ببديل والآخر بلا بدل والعتق الواحد لا يثبت به ما فكانا متنافيين لانه لا تنافي بينهما لكونهما جهتي عتق تلقاها على سبيل البديل انتهى ورد بعض الفضلاء قوله والعتق الواحد لا يثبت به ما فكانا متنافيين بأن قال ان أراد الوحدة الشخصية فغير مسلم كيف وفي العتق بالكتابة تسلم لها الا كساب بخلاف العتق بأمومية الولد وان أراد النوعية فلا تنافي انتهى (أقول) وهو مردود بشقه أما شقه الاول فلان صاحب العناية ان أراد بقوله والعتق الواحد لا يثبت بهما الوحدة الشخصية كما هو الظاهر فلا مجال لعدم تسليمه لانه ما قال العتق الواحد يثبت به ما حتى لا يسلم ذلك ويجعل اختلاف العتق بالكتابة والعتق بأمومية الولد في الوازم سند المنع ذلك بل قال العتق الواحد لا يثبت بهما وعدم ثبوت العتق الواحد الشخصي بالسببين المختلفين في الوازم امر جلي لا يقبل المنع وما ذكره ذلك البعض في معرض السند بقوله كيف وفي العتق بالكتابة الخ لا يصلح أن يكون سند المنع ذلك بل انما يكون علته لسقوط المنع عنه وأما شقه الثاني فلانه ان أراد بقوله فلا تنافي في قوله وان أراد النوعية فلا تنافي أنه لا تنافي بينهما من حيث الاجتماع فهو ممنوع كيف والعتق بالكتابة يستلزم سلامة الاكساب لها بخلاف العتق بأمومية الولد فاني مجتمعان معاوان أراد بذلك أنه لا تنافي بينهما من حيث التلقي على سبيل

البديل

بمختلف العتق بأمومية الولد وان أراد النوعية فلا تنافي (قوله على سبيل البديل) أقول وتوارد عليهما

وسقط عنها بدل الكتابة لان الغرض من ايجاب البدل العتق عند الاداء فاذا عتقت قبله لم يمكن توفير الغرض عليه فيسقط وبطلت الكتابة لامتناع ابقائها بلا فائدة (بالنسبة الى البدل وبقيت في حق الاولاد والا كساب يعتق الاولاد وتخلص لها الا كساب ولقائل أن يقول الكتابة عقد واحد فكيف يتصور بطلانه وعدم بطلانه في حالة واحدة والجواب أن تحقيق كلامه أن بطلان عقد الكتابة يتصور باعتبارين أحدهما أن تبطل بمجرد المكتتب عن ابقاء البدل والثاني أن تبطل بانتهائه بإيقائه وبالأول يعود رقيقا وأولاده وأكسابه - ولأولاده وبالثاني يعتق هو وأولاده ويخلص له ما بقي من أكسابه وحيث احتجنا ههنا إلى بطلان الكتابة نظر المكتاتب وكان النظر له في الثاني دون الأول صرنا إليه لا يقال في كلام المصنف تسامح لانه علل بطلانه بامتناع بقاءه من غير فائدة ثم علله بالنظر له والمعلول الواحد بالشخص لا يعمل بعلمتين مختلفتين لان الكتابة جهتين جهة هي للمكاتب وجهة هي عليه وعلل الثانية بالأولى والأولى بالثانية فتأمل - فلعله شديد (ولو أدت المكتابة) بالنصب أي بدل الكتابة وفي بعض النسخ ولو أدت الكتابة وهو بتقدير مضاف (قبل موت المولى عتقت بالكتابة لانها باقية وان كاتب مدبرته) وضع المسئلة مناسبة لما تقدم من أم الولد ووضعها في الميسر والميسر وانما جاز كتابتها لوجود مقتضى وهو الحاجة فان الثابت بالتدبير مجرد استحقاق الحرية لا حقيقة وانتهاء المانع وهو عدم المناقاة كما تقدم

قال المصنف (غير أنه تسلم لها الا كساب والاولاد) أقول قال الاتقاني (٣٥٥) لم نجد فيه الرواية المتصورة ولقائل أن

(وسقط عنها بدل الكتابة) لان الغرض من ايجاب البدل العتق عند الاداء فاذا عتقت قبله لم يمكن توفير الغرض عليه فسقط وبطلت الكتابة لامتناع ابقائها بغير فائدة غير أنه تسلم لها الا كساب والاولاد لان الكتابة انفسخت في حق البدل وبقيت في حق الا كساب والاولاد لان الفسخ لنظرها والنظر فيما ذكرناه ولو أدت المكتابة قبل موت المولى عتقت بالكتابة لانها باقية قال (وان كاتب مدبرته جاز) لما ذكرناه من الحاجة ولاننا في اذ الحرية غير ثابتة وانما الثابت مجرد الاستحقاق

البديل فهو عين ما قاله صاحب العناية في تعليل لا يقال (قوله غير أنه تسلم لها الا كساب والاولاد) لان الكتابة انفسخت في حق البدل وبقيت في حق الا كساب والاولاد لان الفسخ لنظرها والنظر فيما ذكرناه قال صاحب غاية البيان ولقائل أن يقول النظر في ابقائها حقها الحرية وقد حصل لافي ابطال حق الغير لان الكسب حصل لها قبل موت المولى وكلامنا فيه ولم نعتق هي قبل موت المولى بل هي مملوكة حينئذ فينبغي أن يكون الكسب للمولى لالهنا لانها عتقت بالاستيلاء بالكتابة ولنا في قوله تسلم لها الاولاد أيضا نظرا لانه لا حاجة الى ذكر الاولاد بالتعليم الذي ذكره لان الكتابة لو اعتبرت مفسوخة أيضا في حق الاولاد يكون النظر لها باقيا لان حكم ولد أم الولد

حكم الام لانه تابع للام حالة الولادة اه كلامه وأنت خير بأنه ليس فيه ابطال حق الغير لانها عتقت وهي مكاتب ومملوكة ما عتقت من ثبوت ملك الغير فيه تأمل (قوله فكيف يتصور بطلانه وعدم بطلانه في حالة واحدة) أقول امتناعه غير بين ولا بين في العقود الشرعية فكيف لها نظائر (قوله والثاني أن تبطل بانتهائه بإيقائه) أقول فيه شيء فان بالانقضاء يقرر ولا يبطل والحق ان بطلان الثاني لحصول المعسول وهو العتق بعلة أخرى فالسعي في ابقائها بعد ما يكون سعي في تحصيل الحاصل وهذا هو الذي أشار اليه المصنف على ما قرره الشارح (قوله وكان النظر له في الثاني دون الأول صرنا إليه) أقول وفيه انه ليس في الثاني ابقاء الكتابة مع بطلانها وكان الكلام فيه وجوابه أن عتقها كانت بامومية الولاية حقيقة لكن جعلت الكتابة باقية ثم منتهية باقيا بالنظر اليها فليس ابقاءه والابطال في زمان واحد حتى يتنافيا فتأمل (قوله والمعلول الواحد بالشخص لا يعمل بعلمتين مختلفتين) أقول اذا كانتا ريتين ولاننا لم ذلك فيما نحن فيه (قوله لان الكتابة جهتين جهة هي للمكاتب وجهة هي عليه) أقول أراد من قوله هي أولا العتق ومن قوله هي ثانيا البديل (قوله فان الثابت بالتدبير مجرد استحقاق الحرية) أقول وعلى هذا فقول المصنف اذ الحرية غير ثابتة لتعليل لوجود المقتضى والظاهر انه تعدل لانتفاء المانع فانه لو ثبت لها حقيقة الحرية بالتدبير امتنعت الكتابة به أو بكليهما (قوله وانتهاء المانع) أقول معطوف على قوله لوجود المقتضى

يقول النظر اليها في ابقائها حقها اليها وحقها الحرية وقد حصل لافي ابطال حق الغير لان الكسب حصل لها قبل موت المولى وكلامنا فيه ولم نعتق هي قبل موت المولى بل هي مملوكة حينئذ فينبغي أن يكون الكسب للمولى لالهنا لانها عتقت بالاستيلاء بالكتابة ولنا في قوله تسلم لها الاولاد أيضا نظرا لانه لا حاجة الى ذكر الاولاد بالتعليم الذي ذكره لان الكتابة لو اعتبرت مفسوخة أيضا في حق الاولاد يكون النظر لها باقيا لان حكم ولد أم الولد

رقية فلا يدفع الاستشكال بل يزوم إبطال حق الغير بالنظر إلى ملك الرقية ثم قال صاحب العناية ولنا في
 قوله تسلم لها الأولاد أيضا نظرا لأنه لا حاجة إلى ذكر الأولاد بالتعليل الذي ذكره لأن الكتابة لو اعتبرت
 مفسوخة أيضا في حق الأولاد يكون النظر لها باقيا لان حكم ولاد أم الولدة حكم الأم لأنه تابع للأم حالة
 الولادة انتهى كلامه (أقول) هذا النظر ساقط جدا لأن المراد بالأولاد التي ذكرت بالتعليل المذكور
 هي الأولاد التي ولدت قبل كتابة أمها من غير مولى أمها وقد اشترتها أمها حالة الكتابة كما صرح به تاج
 الشريعة حيث فسر الأولاد في قول المصنف تسلم لها إلا كساب والأولاد بقوله أي الأولاد التي اشترتها
 المكتوبة في حال الكتابة لا الأولاد التي ولدت من مولاها انتهى ولا شك في الحاجة إلى التعليل الذي
 ذكره المصنف في بيان سلامة أمثال تلك الأولاد إذ لو اعتبرت الكتابة مفسوخة أيضا في حق أمثالهم
 لكانوا أرقاء لورثة المولى فلم يكن النظر لها باقيا في حقهم انذاك قطعوا قال صاحب العناية في هذا المقام
 ولقائل أن يقول الكتابة عقد واحد فكيف يتصور بطلانه وعدم بطلانه في حالة واحدة والجواب أن
 تحقيق كلامه أن بطلان عقد الكتابة يتصور باعتبارين أحدهما أن يبطل بعجز المكاتب عن إيفاء
 البذل والثاني أن يبطل بانتهاه بإيفائه وبالأول يعود رقيقا فاولاده كسابه لمولاه وبالثاني يعتق
 هو وأولاده ويخلص له ما بقي من كسابه وحيث احتجنا إلى إبطال الكتابة نظرا للمكاتب وكان النظر له
 في الثاني دون الأول صرنا إليه (أقول) لا السؤال شيء ولا الجواب أما الأول فلأن كون الكتابة عقدا
 واحدا لا ينافي تصور بطلانه وعدم بطلانه في حالة واحدة إذا كان من جهتين مختلفتين فانهم
 شرطوا في تحقق التناقض أمور منها واحدة الجهة وهنالك تحقق تلك الوحدة لأن بطلان عقد الكتابة
 من جهة البذل وعدم بطلانه من جهة الأولاد والا كساب كما يفصح عنه قول المصنف لأن الكتابة
 انفسخت في حق البذل وبقيت في حق الا كساب والأولاد فلا محذور أصلا وأما الثاني فلو جوه
 أحدها أن انتهاء الكتابة بإيفاء البذل انما هو غماها وتقررها فيجعل أحد طرفي بطلانها مما لا يساعده
 العقل والنقل وثانها أن المكتوبة في مسئلتنا هذه ممن لم يقع منه إيفاء البذل فكيف يحمل بطلان
 الكتابة في حقها على إيفائه واعتبار غير الواقع واقعا لمجرد النظر لها مما لا نظير له في قواعد الشرع
 وثالثها أن قول المصنف لأن الكتابة انفسخت في حق البذل وبقيت في حق الا كساب والأولاد
 ينافي المعنى الذي عده الشارح المزبور تحقيق كلامه لأنه على تقدير أن يحمل المقام على انتهاء الكتابة
 بإيفاء غماها البذل يصير انعام الكتابة في حق البذل وفي حق الا كساب والأولاد على السواء كما هو
 الحال عند إيفاء البذل حقيقة فلا يكون لا اعتبارا انفساخ الكتابة في حق البذل وبقيتها في حق
 الا كساب والأولاد وجه ورابعها أن جل بطلان عقد الكتابة ههنا على المعنى الثاني الذي تخيل به هذا
 الشارح لا يدفع أصل السؤال لأن بطلان العقد على أي معنى كان وعدمه في حالة واحدة متنافيان
 قطعاً إذا كان من جهة واحدة وإن صير إلى اختلاف الجهتين لا يبقى احتياج إلى مقدمة من مقدمات
 الجواب المذكور أصلا ثم قال صاحب العناية لا يقال في كلام المصنف تسامح لأنه علل بطلانه بامتناع
 بقائه من غير فائدة ثم علله بالنظر له والمعلول الواحد بالشخص لا يعمل بعلمين مختلفتين لأن الكتابة
 جهتين جهة هي للمكاتب وجهة هي عليه وعلل الثانية بالأولى والأولى بالثانية فتأمل فلعلة سديد إلى
 هنا كلامه (أقول) هذا السؤال أيضا ليس بشيء وجوابه ليس بسديد أما الأول فلأن المعلول
 الواحد بالشخص انما لا يعمل بعلمين مستقلين على سبيل الاجتماع وأما على سبيل البذل فيعمل
 بهم ما قطع على ما تبين في موضعه والأمر فيما نحن فيه وفي سائر المسائل التي يذكر لها دليلان أو أدلة
 كذلك فإن المقصود في أمثال ذلك التنبيه على أن كل واحد من الدليلين أو الأدلة مما يصح أن يعمل
 به المطلوب بدلا عن الآخر وأما الثاني فلأن كون المعلل بالغة الأولى الجهة التي هي على المكاتب ممنوع

قال (وان مات المولى ولا مال له سواها تخيرت بين السعي في ثلثي قيمتها مدبرة لافته وفي جميع بدل الكتابة عند أبي حنيفة) وقد اوضح كلامه فتمرض لبعضه زيادة اوضح (قوله فخير) لان في التخير فائدة وان اتخذ الجنس (٣٥٧) لجواز ان يكون أداء أكثر المالكين

أيسر باعتبار الاجل وأداء أقلهما أسير لكونه حالاً فكان التخير مفيداً (قوله) وجب عليها أحد البدلين فتخار الاقل) قد اعترض عليه بأن الاعناق لما لم يتجزأ عندهما عتق كلها بالتدبير لعنق بعضها وانفسخت الكتابة فوجب السعاية في ثلثي قيمتها لا غير وأجيب بأن حكمنا بصحة الكتابة نظراً لها فبقية الثلث فلربما يكون بدلها أقل فيحصل النظر بوجوبه وقوله (انه قابل البدل بالكل) لانه اضاف العقد الى ذاتها فقال كانت كل على كذا والحل قابل لها كالفئة فتصير كلها مكانة (وقد سلم لها الثلث بالتدبير) فيسقط ما قبله من البدل والالكان ما فرضناه ما غير سالم هذا خلف باطل وقوله (ومصار كما اذا تأخر التدبير عن الكتابة) وصورته أن يكاتب عبده أو لا ثم يدبره ثم يموت ولا مال له سواء فانه يسقط عنه ثلث البدل بالاتفاق وهي المسئلة التي نلّي هذه المسئلة وقوله (لانها استحققت حربة الثلث ظاهراً) أي مكشوفاً بينا لا يخفى على أحد لان اخرجها عن الملك بتغير الاعناق غير صحيح فان

(وان مات المولى ولا مال له غيرهما فهي بالخيار بين أن تسمى في ثلثي قيمتها أو جميع مال الكتابة) وهذا عند أبي حنيفة وقال أبو يوسف تسعي في الاقل منهما وقال محمد تسعي في الاقل من ثلثي قيمتها وثاني بدل الكتابة فالخلاف في الخيار والمقدار فأبو يوسف مع أبي حنيفة في المقدار ومع محمد في ثلثي الخيار أما الخيار ففرع تجزؤ الاعناق عندهما لما تجزأت في الثلثان رفيقا وقد تلقاها جهتا حربة ببدلين مجمل بالتدبير ومؤجل بالكتابة فخير وعندهما لما عتق كلها بعنق بعضها فهي حرة وجب عليها أحد المالكين فتخار الاقل لاحالة فلا معنى للتخير وأما المقدار فلمحمد رحمه الله أنه قابل البدل بالكل وقد سلم لها الثلث بالتدبير فمن المحال أن يجب البدل بمقابلته ألا ترى أنه لو سلم لها الكل بأن خرجت من الثلث يسقط كل بدل الكتابة فهنا يسقط الثلث ومصار كما اذا تأخر التدبير عن الكتابة ولهما أن جميع البدل مقابل ثلثي رقبتهما فلا يسقط منه شيء وهذا لان البدل وان قبل بالكل صورة وصيغة لكنه مقيد بما ذكرناه معنى وارادة لانها استحققت حربة الثلث ظاهراً

لان تلك الجهة أن يلزمه ابقاء البدل وقوله لا متناع ابقائها من غير فائدة لا يدل على ذلك بل يدل على خلافه لان عدم الفائدة يسقط بدل الكتابة عنها واذا أسقط عنها البدل لا يلزمها ابقاؤه قطعاً فلم يكن ما ذكره من توزيع التعليق على مالها وما عليها سديداً كما لا يخفى (قوله والاعناق عندهما لما تجزأت في الثلثان رفيقا وقد تلقاها جهتا حربة ببدلين مجمل بالتدبير ومؤجل بالكتابة فخير) لان في التخير فائدة وان كان جنس المال متصداً لجواز أن يكون أداء أكثر المالكين أسير باعتبار الاجل وأداء أقلهما أسير لكونه حالاً فكان التخير مفيداً كذا في عامة الشروح وعزاه في معراج الدراية الى مبسوط شيخ الاسلام (أقول) فيه شيء وهو أن الفائدة المذكورة انما تصور في صورة ان كان البدل المجمل بالتدبير أقل من البدل المؤجل بالكتابة وأما في العكس فلا اذا لاشك ان أداء الاقل المؤجل أسير من كل وجه من أداء الاكثر المجمل فلا فائدة في التخير في هذه الصورة أصلاً لتعين اختيارها الاقل لاحالة كما قال صاحباه مع ان الحكم بالخيار يعم الصورتين عنده كما هو الظاهر من اطلاق المسئلة في الكتب بأسرها (قوله) وعندهما لما عتق كلها بعنق بعضها فهي حرة وجب عليها أحد المالكين فتخار الاقل لاحالة فلا معنى للتخير واعترض عليه بأن الاعناق لما لم يتجزأ عندهما عتق كلها بالتدبير لعنق بعضها وانفسخت الكتابة فوجب السعاية في ثلثي قيمتها لا غير وأجيب بأن حكمنا بصحة الكتابة نظراً لها فبقية الثلث فلربما يكون بدلها أقل فيحصل النظر بوجوبه كذا في العناية أخذنا من شرح تاج الشريعة (أقول) في الجواب أشكال لان القول بابقاء الكتابة فيها بعد ان عتق كلها بالتدبير يناقض قول المصنف وعندهما لما عتق كلها بعنق بعضها فهي حرة اذا الظاهر أن الحرية والكتابة لا يجتمعان في شخص واحد في حالة واحدة فاني تصور ابقاء الكتابة فيها بعد ان صارت حرة عندهما فان قلت المراد ابقاء حكم الكتابة لا ابقاء حقيقة والمنا في الحرية هو الثاني دون الاول قلت لو أبقى حكم الكتابة لا يبي تأجيلها لانه من خصائصها ولهذا قال في الكافي في تقرير دليل الامامين هنا وعندهما لما عتق كله بعنق ثلثه لان الاعناق لا يتجزأ عندهما باطلت الكتابة وبطل الاجل لانه من خصائص الكتابة وبقي أصل المال عليه غير مؤجل الخ ولو أبقى تأجيلها لزم ان لا يتم قوله ما افتخار الاقل لاحالة فلا معنى للتخير لجواز أن تختار الاكثر المؤجل لكون أدائه أسير من أداء الاقل المجمل كما مر في بيان دليل أبي حنيفة فيكون هذا

(٣٣ - تكلمه سابع)

أعتقها خرج عما نحن فيه وان ماتت قبله فكذلك وان مات المولى عن

مال تخرج من ثلثه فقد استحققت حربة كلها وان لم يترك غيرها فقد استحققت حربة ثلثها فاستحقاق الثلث ثابت قطعاً

(قوله وقد سلم لها الثلث بالتدبير) أقول فيه تأمل (قوله لان اخرجها عن الملك) أقول أي لا الى مالك

(والظاهر) البين (أن الانسان لا يلتزم المال بمقابلة ما يستحق حريته) فتعين أن يكون جميع البدل بمقابلة تلحق رقبته فلا يسقط منه شيء ولقائل أن يقول لو كان كذلك لما عتق الجميع اذا أدت كل البدل قبل موت المولى لانه في مقابلة الثلثين لا الكل والجواب أنه لا يلزم على قول أبي يوسف لانه لا يقول تجزؤ الاعتاق وأما على قول أبي حنيفة فالجواب ما مر انا حكمنا بصحة الكتابة نظر المدبر وليس من النظر أن يبقى بعضه غير محرور يغرم كل البدل فاعتبرنا المقابلة الصورية قبل موت المولى نظرا له (قوله اذلا استحقاق عنده) أي عند عقد الكتابة فيكون البدل في مقابلة الكل فاذا عتق بعض الرقبة بعد ذلك بالتدبير سقط حصته من بدل الكتابة (وان دبر مكاتبته صح التدبير لما بينا) أنه تلقفناها (٢٥٨) حرية (ولها الخيار ان شاءت مضت على الكتابة وان شاءت عجزت نفسها وصارت مدبرة

لان الكتابة ليست بلازمة في جانب المملوك) لان النفقة والجنابة على المكاتب في حال الكتابة واذا عجز نفسه كان كل ذلك على المولى فله أن يدفع عن نفسه ذلك (فان مضت على كتابتها فمات المولى ولا مال له غيرها تخيرت بين السعي في ثلثي مال الكتابة وثلثي قيمتها عند أبي حنيفة وعندهما في الأقل منهما فاختلفوا ههنا في الخيار بناء على ما ذكرنا) من تجزؤ الاعتاق (وأما التقدير فتفق عليه) ومحمد مر على أصله لا يحتاج الى فرق والفرق له ما بين هذه ومات قدمت ما بينا أن البدل ههنا مقابل بالكل الخ قال (واذا أعتق المولى مكاتبته الخ) واذا أعتق المولى مكاتبته عتق باعقاه لقسم ملكه وسقط بدل الكتابة بناء على أن ما كان وسيلة الى تحصل شيء وحصل ذلك الشيء من جهة أخرى سقط الوسيلة لعدم الحاجة اليها فان قيل

والظاهر ان الانسان لا يلتزم المال بمقابلة ما يستحق حريته وصار كما اذا طلق امرأته فثلاث على ألف كان جميع الألف بمقابلة الواحدة الباقية لالة الارادة كذا ههنا بخلاف ما اذا قدمت الكتابة وهي المسئلة التي تليه لان البدل مقابل بالكل اذلا استحقاق عنده في شيء فاقترقا قال (وان دبر مكاتبته صح التدبير) لما بينا (ولها الخيار ان شاءت مضت على الكتابة وان شاءت عجزت نفسها وصارت مدبرة) لان الكتابة ليست بلازمة في جانب المملوك فان مضت على كتابتها فمات المولى ولا مال له غيرها فهي بالخيار ان شاءت سعت في ثلثي مال الكتابة أو ثلثي قيمتها عند أبي حنيفة وقالا تسعى في الأقل منهما فاختلاف في هذا الفصل في الخيار بناء على ما ذكرنا أما المقدار فتفق عليه ووجه ما بينا قال (واذا أعتق المولى مكاتبته عتق باعقاه) لقسم ملكه فيه (وسقط بدل الكتابة) لانه ما التزمه الا مقابلا بالعتق وقد حصل له دونه فلا يلزمه والكتابة وان كانت لازمة في جانب المولى ولكنه يفسخ برضا العبد والظاهر رضاه توسلا الى عتقه بغير بدل مع سلامة الاكساب له لا تانبقى الكتابة في حقه

هو المعنى للتخيير فلا تنقطع مادة الاشكال (قوله والظاهر أن الانسان لا يلتزم المال بمقابلة ما يستحق حريته) أقول لما نعتق أن يمنع هذه المقدمة فانه لا يلزم من مجرد استحقاق الحرية حقيقة الحرية والثابت في المدبرة في الحال مجرد استحقاق الحرية دون حقيقة الجواز أن يحتاج الى استفادة حقيقة عاجلا فتلتزم المال بمقابلتها ألا ترى أنه يجوز للمولى أن يكتب أم ولده بالاجماع مع استحقاقه حرية الكل قطعا لعتقها عند موت مولاهما من جميع المال دون ثلثه فاذا جاز التزام المال من أم الولد بمقابلة ما يستحق حريته كلالا احتياجا الى استفادة الحرية قبل موت المولى كما مر فلا ن جاز ذلك من المدبرة بمقابلة ما يستحق حريته بعض تلك العلة بعينها الاولى كالا يخفى فليست أم واستشكل بعض الفضلاء هذا التعليل بوجه آخر حيث قال لا يتشبه على أصل أبي يوسف فانه استحق حرية الكل عنده لعدم تجزؤ الاعتاق أه (أقول) ذلك سافط لاننا لا نسلم ان المدبر والمدبرة يستحقان بالتدبير حرية الكل عند بدل الظاهر انهما يستحقان بحرية الثلث عندهم جميعا ولهذا يعتقان عند موت المولى من ثلث ماله وبسعيان في ثلثهما اذا لم يكن له مال غيره مما بالاجماع ونبت عتق الكل بعق البعض عند موت المولى على أصل الامامين وهو عدم تجزؤ الاعتاق لا ينافي استحقاق حرية الثلث بنفس التدبير عندهما أيضا ولان سلم استحقاق المدبر والمدبرة بنفس التدبير حرية الكل عندهما فالمراد بقوله لانها استحققت حرية الثلث ظاهرا هو انها استحققتا مجعانا من غير أن يلزمها سعاية في ذلك الثلث كما تلزمها في الثلثين الآخرين

الكتابة لازمة في جانب المولى فلا تقبل الفسخ أجاب بقوله (والكتابة وان كانت لازمة في جانب المولى ولكنه وبقوله يفسخ برضا العبد) والزم كان لتعلق حقه فاذا رضى بالفسخ فقد أسقط حقه كالوفاة المولى أو أجزره برضاه (والظاهر رضاه توسلا الى عتقه بغير بدل) فانه اذا رضى به ببذل فلا بدل يكون أرضى وقوله (مع سلامة الاكساب له لا تانبقى الكتابة في حقه) اشارة الى جواب ما عسى أن يقال قد يكون راضيا ببذل نظر الى سلامة الاكساب له فقد تكون الاكساب كثيرة تفضل بعد أداء البدل منها لجهل وجهه ان الاكساب سالمة لا تانبقى الكتابة في حقه لتبقى الاكساب على ملكه نظرا له وحينئذ صار الظاهر كالتحقق الواقع فيعتق باعقاه

قال المصنف (والظاهر ان الانسان لا يلتزم المال الخ) أقول لا يتشبه على أصل أبي يوسف فانه استحق حرية الكل عنده لعدم تجزؤ الاعتاق

(وان كاتبه على ألف درهم الى سنة فصالحه على خمسمائة مجله فهو جائز استحسانا والقياس أن لا يجوز لأن هذا الصلح اعتياض عماليس بمال) بما هو مال (لأن الاجل ليس بمال والدين مال) وذلك في عقد المعاوضة لا يجوز وعقد الكتابة عقد معاوضة وإذا لم يجز ذلك كان خمسمائة بدلا عن ألف (وذلك ربا) لا يقال هلا جعلت اسقاطا لبعض الحق ليجوز لأن الاسقاط (٣٥٩) انما يتحقق في المستحق والمجمل لم يكن

مستحقا ولهذا لا يجوز مثله بين الحرين وقدم في كتاب الصلح وكذا لا يجوز اذا كان على مكاتب الغير ألف الى سنة فصالحه على خمسمائة مجله (وجه الاستحسان أن الاجل في حق المكاتب مال من وجه لانه لا يقدر على الاداء الا به البدل الا به لا يقدر على أداء المال وبدل الكتابة مال من وجه حتى لا تصح الكفالة به فاعتدلا) وكانا اعتياضا عما هو مال من وجه بما هو مال من وجه وقد اختلف الجنس (فلم يكن) ربا (وفيه بحث لأن المال ما يتول به وهو يعتمد الاراز وذلك في الاجل غير متصور ولأن قوله فأعطى له حكم المال ليس بمستقيم لفظا ومعنى أما لفظا فلأن أعطى متعد الى مفعوليه بلا واسطة

(قوله لأن هذا الصلح اعتياض عماليس بمال بما هو مال) أقول أراد بقوله بما هو مال الخمسمائة المتروكة (قوله وذلك في عقد المعاوضة لا يجوز) أقول أشار بقوله ذلك في قوله وذلك في عقد المعاوضة لا يجوز الى قوله اعتياض عماليس بمال بما هو مال ولكنه منقوض بالمهر والمال المقابل بالطلاق لأن يقال ذلك

قال (وان كاتبه على ألف درهم الى سنة فصالحه على خمسمائة مجله فهو جائز) استحسانا وفي القياس لا يجوز لانه اعتياض عن الاجل وهو ليس بمال والدين مال فكان ربا ولهذا لا يجوز مثله في الحر ومكاتب الغير وجه الاستحسان أن الاجل في حق المكاتب مال من وجه لانه لا يقدر على الاداء الا به وبقوله والظاهر أن الانسان لا يلتزم المال بمقابلته ما يستحق حر به هو أن الانسان لا يلتزم المال بمقابلته ما يستحق حر به أو يستحق حر به أو يستحقها ولكن يلزمه أداء مال السعابة فانه يجوز له أن يلتزم المال بمقابلته ولا يخفى أن هذا المعنى يتشعب على أصل أبي حنيفة وأصل أبي يوسف أيضا تفكر تفهيم (قوله وفي القياس لا يجوز لانه اعتياض عن الاجل وهو ليس بمال والدين مال فكان ربا) قال صاحب العناية في شرح هذا المحل والقياس أن لا يجوز لأن هذا الصلح اعتياض عماليس بمال بما هو مال لأن الاجل ليس بمال والدين مال وذلك في عقد المعاوضة لا يجوز وعقد الكتابة عقد معاوضة وإذا لم يجز ذلك كان خمسمائة بدلا عن ألف وذلك ربا اه كلامه وقال بعض الفضلاء أشار بقوله ذلك في قوله وذلك في عقد المعاوضة لا يجوز الى قوله اعتياض عماليس بمال بما هو مال ولكنه منقوض بالمهر والمال المقابل بالطلاق لأن يقال ذلك على خلاف القياس بالنص اه (أقول) ليس ذلك منقوضا بالمهر والمال المقابل بالطلاق لأن المراد بعقد المعاوضة في قوله وذلك في عقد المعاوضة لا يجوز ما ذكر العوض فيه بالايجاب والقبول بطريق الاصله فيخرج منه النكاح والطلاق على مال ونحوهما لأن ذكر العوض بطريق الاصله وقد صرح الشراح بمثل هذا المعنى في صدر كتاب المكاتب حيث قالوا أورد عقد الكتابة بعد عقد الاجارة لمناسبة أن كل واحد منهما عقد يستفاد به المال بمقابلته ما ليس بمال على وجه يحتاج فيه الى ذكر العوض بالايجاب والقبول بطريق الاصله وقالوا خرج بقولنا ما ليس بمال البيع والهبة بشرط العوض وخرج بقولنا بطريق الاصله النكاح والطلاق والعناق على مال فإن ذكر العوض فيها ليس بطريق الاصله اه ثم قال صاحب العناية لا يقال هلا جعلت اسقاطا لبعض الحق ليجوز لأن الاسقاط انما يتحقق في المستحق والمجمل لم يكن مستحقا اه وقال ذلك البعض من الفضلاء لوضح هذا المخرج هبة المهر المؤجل واسقاط الدين المؤجل اه (أقول) ليس هذا بسد يد لأن المستحق في كل منهما هو المؤجل والمسقط أيضا هو المؤجل وليس هناك شرط شيء مجمل في المقابلة فلم يوجد التصرف في غير المستحق أصلا بخلاف ما نحن فيه فان الخمسمائة المجلة التي وقع عليها الصلح ليست بمستحقة بعقد الكتابة فلم يكن جعل الصلح اسقاطا لبعض الحق واستيفاء لبعضه الآخر فان الاسقاط والاستيفاء انما يتحققان في المستحق والمجمل لم يكن مستحقا فلا يمكن الاستيفاء نعم لو قال صاحب العناية لا يقال هلا جعلت الصلح اسقاطا لبعض الحق واستيفاء لبعضه الآخر لأن الاسقاط والاستيفاء انما يتحققان في المستحق والمجمل لم يكن مستحقا لكان أظهر لأن تأثير قوله والمجمل لم يكن مستحقا في حق انتفاء الاستيفاء فيما نحن فيه دون انتفاء الاسقاط فيه كما لا يخفى وعن هذا قال تاج الشريعة في شرح قول المصنف لانه اعتياض عن الاجل لأن المجمل غير مستحق بالسبب السابق فلا يمكن جعل الصلح اسقاطا لبعض واستيفاء لبعض فلو جعل انما يجعل اعتياضا عن الخمسمائة بخمسمائة وعن الاجل بخمسمائة أخرى والاعتياض عن الاجل لا يجوز اه (قوله) وجه الاستحسان أن الاجل في حق المكاتب مال من وجه لانه لا يقدر على الاداء الا به قال بعض العلماء

على خلاف القياس بالنص لكن حينئذ لا يحتاج الى قوله وإذا لم يجز ذلك فانه اذا لم يجز أخذ المال عوض الاجل تكون الخمسمائة المتروكة بمقابلته الاجل (قوله لأن الاسقاط انما يتحقق في المستحق والمجمل لم يكن مستحقا) أقول لوضح هذا المخرج هبة المهر المؤجل واسقاط الدين المؤجل وكلام العاقل يجب صونه عن الالغاء فالمكاتب يعتبره مسقطا حقه الذي هو التأجيل والمولى مسقطا بعض حقه وهو خمسمائة (قوله وقد اختلف الجنس فلم يكن ربا) أقول لو اتحد الجنس لم يضر بعد حصول الاعتدال

وقد استعمله باللام وأما معنى فسلاته قال الاجل في حق المكاتب مال من وجهه فان أراد بقوله فأعطى له حكم المال من كل وجهه فان
الاعتدال اذ الدين مال من وجهه وان أراد حكم المال من وجهه فهو تحصيل للخاص والجواب أن ما ذكرتم من أن المال ما يتمول به ويجوز
صحيح اذا كان لا من كل وجهه وليس مانحن فيه كذلك وانما المراد به هنا انه وسيلة الى تحصيل مقصود المكاتب وهو في ذلك كعين الدراهم
لتوقف قدرة الاداء عليه توقفها على عين الدراهم وضمن أعطى معنى اعتبر ومعناه اعتبار الاجل حكم المال فان الشيء يجوز أن يكون
جهة في شيء ولا يكون معتبرا فيعين أنه اعتبر له تلك الجهة تصحيا للعقد ونظر المكاتب (قوله ولان عقد الكتابة) وجه آخر للاستحسان
وتقريره أن عقد الكتابة عقد من وجهه دون وجهه لما تقدم ان له شبهة بالعليق بالشروط فيكون من هذا الوجه عينا والجل ربان من كل وجهه
ففيه شبهة الربا وشبهة الربا اذا وقعت في شبهة العقد كانت شبهة الشبهة ولا يعتبر بها بخلاف العقدين الحرين لانه عقد من كل وجهه فكان
ربا والجل فيه شبهة لاشبهة الشبهة قال (واذا كاتب المريض عبده على الفين الى سنة وقيمته ألف درهم ثم مات المولى ولا مال له غيره ولم تجز
الورثة الاجل) لان المريض تصرف فيه وهو حقهم فلهم أن يردوه دفعا لضرر تأخير حقهم الى مضي الاجل عن أنفسهم (فان المكاتب
يؤدي ثلثي الفين حالا) وهو ألف وثلثمائة (٣٦٠) وثلاثة وثلاثون درهما وثلث درهم (والباقي) وهو ستمائة وستة وستون درهما
وثلثا درهم (الى أجله أو يرد

رقيةا عند أبي حنيفة وأبي
يوسف وقال محمد يؤدي ثلثي
ألف حالا والباقي الى أجله
لان له أن يترك الزائد على
قيمته (ومن له ترك شيء له ترك
وصفه والتجمل وصف فيجوز
تركه (وصار) ذلك) كما اذا خالع
المريض امرأته على ألف الى
سنة جاز لان له أن يطلقها
بغير بدل (ولو قال لان له أن
يترك الزيادة وثلث ألف
فله أن يؤخرهما ما كان
أحسن فتأمل (ولهما ان
جميع المسمى بدل الرقية)
بديل جريان أحكام
الابدال من جواز المراجعة
على الفين وجواز الحبس

فأعطى له حكم المال وبذل الكتابة مال من وجهه حتى لا تصح الكفالة به فاعتدلا فلا يكون ربا ولان
عقد الكتابة عقد من وجهه دون وجهه والجل ربان من وجهه فيكون شبهة الشبهة بخلاف العقدين
الحرين لانه عقد من كل وجهه فكان ربا والجل فيه شبهة قال (واذا كاتب المريض عبده على ألفي
درهم الى سنة وقيمته ألف ثم مات ولا مال له غيره ولم تجز الورثة فانه يؤدي ثلثي الفين حالا والباقي الى
أجله أو يرد رقيةا عند أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد يؤدي ثلثي ألف حالا والباقي الى أجله) لان له
أن يترك الزيادة بأن يكتبه على قيمته فله أن يؤخرها وصار كما اذا خالع المريض امرأته على ألف الى سنة
جاز لان له أن يطلقها بغير بدل (ولهما أن جميع المسمى بدل الرقية حتى أجرى عليها أحكام الابدال
وحق الورثة متعلق بالمبدل فكذلك بالبدل والتأجيل اسقاط معنى فيعتبر من ثلث الجميع بخلاف الخلع
لان البدل فيه لا يقابل المال فلم يتعلق حق الورثة بالمبدل فلا يتعلق بالبدل وتظهر هذا اذا باع
المريض داره بثلاثة آلاف الى سنة وقيمتها ألف ثم مات ولم تجز الورثة فعندهما يقال للشئ أدنى
جميع الثمن حالا والثلث الى أجله والا فانقض البيع وعنده يعتبر الثلث بقدر القيمة لا فيما زاد عليه
لما بينا من المعنى قال (وان كاتبه على ألف الى سنة وقيمتها ألفان ولم تجز الورثة يقال له أدنى القيمة
حالا أو ترد رقيةا في قولهم جميعا) لان المحاباة ههنا في القدر والتأخير فاعتبر الثلث فيها

فيه مناقشة ظاهرة اذ قد سبق أن الاستقراض جائز وبذلك الاعتبار صرح الكتابة الحالية فليتأمل اه
(أقول) هذه المناقشة انما تظهر ان وأردوا بنى القدرة على الاداء لا بنى القدرة الممكنة وهي أدنى
ما يتمكن به من الاداء وأما اذا أرادوا بذلك بنى القدرة المبسرة وهي ما وجب اليسر على الاداء كما هو

على الماطلة والاختبالشفعة فانما يتعلق بجميع المسمى وهو ألفان وبدل الرقية يتعلق به حق الورثة لتعلقه
بالمبدل فان المبدل لما كان متعوما كان حكم بدله حكمه فجميع المسمى يتعلق به حق الورثة وما يتعلق به حق الورثة جاز للريض اسقاط ثلثه
فيجوز تأجيله لانه اسقاط معني بخلاف بدل الخلع فان حق الورثة لم يتعلق به لانه لم يتعلق بالمبدل لكونه ليس بمال وعلى هذا الاصل
اختلفوا فهم اذا باع المريض داره بثلاثة آلاف الى سنة وقيمتها ألف ثم مات ولم تجز الورثة التأجيل فعندهما يجز المشتري بين ادائه ثلثي
جميع الثمن حالا والثلث الى أجله وبين نقض البيع وعنده يعتبر الثلث بقدر القيمة لا في الزيادة لما بينا من المعنى يعني الدليل من الطرفين
(وان كاتبه على ألف الى سنة وقيمتها ألفان ولم تجز الورثة أدى ثلثي القيمة حالا أو يرد رقيةا في قولهم جميعا لان المحاباة في القدر) وهو اسقاط
ألف درهم (والتأخير) وهو تأجيل الألف الاخرى (فاعتبر الثلث فيها) أي يصح تصرفه في ثلث قيمته في الاسقاط والتأخير لكن لما
سقط ذلك الثلث لم يبق التأخير أيضا ولم يصح تصرفه في ثلثي القيمة لا في حق الاسقاط ولا في حق التأخير

(قوله وقد استعمله باللام) أقول يجوز أن تكون زائدة كما في ردك لكم (قوله لما تقدم ان له شبهة) أقول الاولى أن يقال لانه شرع مع
المنافي كما عله غيره (قوله فيكون من هذا الوجه عينا) أقول اليمين أيا من العقود (قوله بخلاف العقدين الحرين لانه عقد من
كل وجهه) أقول وخارج الجواب أيضا عن مكاتب الغير فليتأمل (قوله والاختبالشفعة) أقول فيه شيء والامر سهل

باب من يكاتب عن العبد

لما فرغ من ذكر أحكام تتعلق بالأصل في الكتابة ذكر في هذا الباب أحكاما تتعلق بالنائب فيها وقدم أحكام الأصل لان الأصل في تصرف المراء أن يكون انفسه قال (واذا كاتب الحر عن عبد بألف درهم الخ) قال في الجامع الصغير وإذا كاتب الحر عن عبد بألف درهم فان أدى عنه عتق وان بلغ العبد وقبل فهو مكاتب واختلف شارحوه في تصويره فقال بعضهم هو أن يقول الحر لمولى العبد كاتب عبدك على ألف درهم على أني أن أدبت اليك ألفا فهو حر فكاتبه المولى على هذا يعتق بأدائه بحكم الشرط وإذا قبل العبد صار مكاتباً يعني ان هذا العقد نافذ في حق مالك العبد من حرمة البيع ونفوذ عتقه بأدائه هذا القائل وموقوف على إجازته فيما عليه من لزوم البذل لانه عقد جرى بين فضولى ومالك فيتوقف على إجازته من له الإجازة فإذا قبله كان ذلك إجازة منه فيصير مكاتباً لان الإجازة في الانتهاء كالإذن في الابتداء ولو وكله العبد بذلك نفذ عقده عليه فكذا إذا أجاز بعد العتق (٢٦١) وقال بعضهم هو أن يقول كاتب عبدك على ألف درهم ولم

باب من يكاتب عن العبد

قال (واذا كاتب الحر عن عبد بألف درهم فان أدى عنه عتق وان بلغ العبد وقبل فهو مكاتب) وصورة المسئلة أن يقول الحر لمولى العبد كاتب عبدك على ألف درهم على أني أن أدبت اليك ألفا فهو حر فكاتبه المولى على هذا يعتق بأدائه بحكم الشرط وإذا قبل العبد صار مكاتباً لان الكتابة كانت موقوفة على إجازته وقبوله إجازة ولو لم يقل على أني أن أدبت اليك ألفا فهو حر فأدى لا يعتق قياساً لانه لا شرط والعقد موقوف على إجازة العبد وفي الاستحسان يعتق لانه لا ضرر للعبد الغائب في تعليق العتق بأداء القائل فيصح في حق هذا الحكم ويتوقف في حق لزوم الألف على العبد وقيل هذه هي صورة مسئلة الكتاب (ولو أدى الحر البذل لا يرجع على العبد) لانه متبرع قال (واذا كاتب العبد عن نفسه وعن عبده آخر لمولاه وهو غائب فان أدى الشاهد أو الغائب عتقا) ومعنى المسئلة أن يقول العبد كاتبني بألف درهم على نفسي وعلى فلان الغائب وهذه كتابة جائزة استحساناً وفي القياس يصح على نفسه ولو لايته عليها يتوقف في حق الغائب لعدم الولاية عليه وجه الاستحسان أن الحاضر بإضافة العقد الى نفسه ابتداء جعل نفسه فيه أصلاً والغائب تبعاً والكتابة على هذا الوجه مشروعة كالامة اذا كوتبت الظاهر فلا يكون للناقشة مجال لظهور أن اليسر على الاداء في حق المكاتب انما يتصور بالاجل لانه يخرج عن يد المولى مفعلاً فيمتنع الناس غالباً عن اقرضه المال في الحال فيعسر الاداء عليه جداً بدون الاجل وان أمكن في الجملة على ان المصنف وأضرابه لم يتشبثوا في تعليق صحة الكتابة الحالية عندنا بحوزة الاستقرار بل قالوا ان عقد الكتابة عقده معاوضة والبذل معقوده فأشبه الثمن في البيع في عدم اشتراط القدرة عليه وان مبني الكتابة على المساهلة فيجمله المولى ومتى امتنع من الاداء في الحال برد الى الرق اه فليتم قول ذلك المناقش وبذلك الاعتبار صرح الكتابة الحالية بقدر والله أعلم

باب من يكاتب عن العبد

لما فرغ من ذكر أحكام تتعلق بالأصل في الكتابة ذكر في هذا الباب أحكاما تتعلق بالنائب فيها وقدم

البذل لا يرجع على العبد لانه متبرع حيث لم يأمره بالاداء ولا هو مضطر في أدائه وهل له أن يسترد ما أدى الى المولى فيه تطويل طالع النهاية تطلع عليه قال (واذا كاتب العبد عن نفسه وعن عبداً آخر لمولاه الخ) اذا قال العبد لمولاه كاتبني بألف درهم على نفسي وعلى عبدك فلان الغائب ففعل جاز استحساناً وفي القياس أن يصح على نفسه ولو لايته عليها يتوقف في حق الغائب لعدم الولاية عليه كمن باع عبده وعبد غيره أو زوج أمته وأمة غيره وجه الاستحسان أن الحاضر بإضافة العقد الى نفسه ابتداء جعل نفسه فيه أصلاً والغائب تبعاً والكتابة على هذا الوجه مشروعة كالامة اذا كوتبت

باب من يكاتب عن العبد

(قوله ذكر في هذا الباب أحكاما تتعلق بالنائب فيها) أقول كان الاظهر ان يقول بالتبعية وانما عدل عنه لملاحظة عنوان الباب (قوله فان بيع الفضولى يتوقف على إجازة المجيز فيما له) أقول كسبوت المثلثة

دخل أولادها في كتابتها تبعاً حتى عتقوا بأدائها وليس عليهم من البدل شيء فان قيل ليس مانع فيه كالمشهد به إلا أن الأولاد تابعة لها من كل وجه حتى أن المولى وأعتق الأولاد لم يسقط من البدل شيء ونعتق الأولاد إذا أعتق المولى إلا بمختلف العبد الغائب فإنه مقصود بالكتابة من وجه حيث أضيف العقد إليهما مقصوداً حتى أن المولى إذا أعتق الحاضر نفذ عتقه وبطلت الكتابة ولا يعتق العبد الغائب وإذا أعتق العبد الغائب سقطت حصته من المكتوبة ويجب على الحاضر حصته لا غير ولا يلزم من نفوذ ما هو متبع محض بلا توقف على قبوله نفوذ ما هو مقصود من وجهه بلا توقف فالجواب أن ما ذكرنا يجوز أن يكون وجه القياس وأما في الاستحسان فالنظر إلى ثبوت هذا العقد بالتبعية في البعض من غير نظر في أن يكون فيه جهة أصالة أو لا تصحح العقد ونظر في الكتاب ولا شمله على المساحة وإذا أمكن تصحيحه على هذا الوجه يفرد به الحاضر فله أي فله مولى أن يأخذ العبد الحاضر بكل البدل لأن البدل عليه لكونه أصلاً فيه ولا يكون على الغائب من البدل شيء لأنه تبع فيه وهذا يدل على أن النظر في مجرد التبعية لا معتبر بجهة الأصالة في انعقاد العقد عليه (قوله وأيهما أدى عتقا) تكرر لأنه قال في أول المسئلة فإن أدى الشاهد أو الغائب عتقا لكونه أعاده ثم هذا القول (ويجوز المولى على القبول أما الحاضر فلأن البدل عليه وأما الغائب) القياس فيه أن لا يجبر لأنه متبرع إذ ليس عليه شيء من البدل ووجه الاستحسان أن له فيه منفعة (لأنه ينال شرف الحرية وصار كغير الرهن إذا أدى الرهن) لفكالك عنه (يجبر الرهن على القبول لحاجته إلى استخلاص عينه وإن لم يكن الدين عليه وأيهما أدى لا يرجع على صاحبه لأن الحاضر قضى ديناً عليه) ومثله لا يرجع (والغائب متبرع به غير مضطر إليه) ومثله أيضاً لا يرجع فان قيل الغائب ههنا كغير الرهن (٣٩٣) ومعه الرهن مضطر ولهذا يرجع على المستعير بما أدى فكيف قال غير مضطر إليه فالجواب

أنه كهي في حق جواز الأداء من غير دين عليه لافي الاضطرار فان الاضطرار انما هو اذا فات له شيء حاصل وههنا ليس كذلك بل انما هو بعرضية أن نحصل له الحرية وهذا كما يقال عدم الرجوع لا يسمى خسراناً فان قيل حق الحرية حاصل بالكتابة وربما فات لولم يؤد فكان مضطراً أوجب بأنه متوهم وحق الرجوع لم يكن ثابتاً فلا يثبت به (وليس للمولى أن يأخذ الغائب بشيء لما بينا) انه فيه تبع (فان قيل العبد الغائب ذلك أولم يقبل فليس ذلك منه بشيء والكتابة لازمة للشاهد) وان رده الغائب لا أثر لرد وقبوله في ذلك (لأن الكتابة نافذة على الحاضر من غير قبول الغائب فلا تتغير بقبوله) فليس للمولى أن يأخذ بشيء من بدل الكتابة (كن كفل عن غيره بغير أمره فبلغه فأجازه لا تتغير حكمه حتى لو أدى لا يرجع عليه كذا هذا) قال (وإذا كانت الامنة عن نفسها وعن ابنين لها صغيرين فهو جاز وأيهما أدى لم يرجع على صاحبه ويجبر المولى على القبول ويعتقون لأنها جعلت نفسها أصلاً في الكتابة وأولادها تبعاً على ما بينا في المسئلة الأولى

أنه كهي في حق جواز الأداء من غير دين عليه لافي الاضطرار فان الاضطرار انما هو اذا فات له شيء حاصل وههنا ليس كذلك بل انما هو بعرضية أن نحصل له الحرية وهذا كما يقال عدم الرجوع لا يسمى خسراناً فان قيل حق الحرية حاصل بالكتابة وربما فات لولم يؤد فكان مضطراً أوجب بأنه متوهم وحق الرجوع لم يكن ثابتاً فلا يثبت به (وليس للمولى أن يأخذ الغائب بشيء لما بينا) انه فيه تبع (فان قيل العبد الغائب ذلك أولم يقبل فليس ذلك منه بشيء والكتابة لازمة للشاهد) وان رده الغائب لا أثر لرد وقبوله في ذلك (لأن الكتابة نافذة على الحاضر من غير قبول الغائب فلا تتغير بقبوله) فليس للمولى أن يأخذ بشيء من بدل الكتابة (كن كفل عن غيره بغير أمره فبلغه فأجازه لا تتغير حكمه حتى لو أدى لا يرجع عليه كذا هذا) قال (وإذا كانت الامنة عن نفسها وعن ابنين لها صغيرين فهو جاز وأيهما أدى لم يرجع على صاحبه ويجبر المولى على القبول ويعتقون لأنها جعلت نفسها أصلاً في الكتابة وأولادها تبعاً على ما بينا في المسئلة الأولى

بأخذ الغائب بشيء لما بينا) انه فيه تبع (فان قيل العبد الغائب ذلك أولم يقبل فليس ذلك منه بشيء والكتابة لازمة للشاهد) وان رده الغائب لا أثر لرد وقبوله في ذلك (لأن الكتابة نافذة على الحاضر من غير قبول الغائب فلا تتغير بقبوله) فليس للمولى أن يأخذ بشيء من بدل الكتابة (كن كفل عن غيره بغير أمره فبلغه فأجازه لا تتغير حكمه حتى لو أدى لا يرجع عليه كذا هذا) قال (وإذا كانت الامنة عن نفسها وعن ابنين لها صغيرين فهو جاز وأيهما أدى لم يرجع على صاحبه ويجبر المولى على القبول ويعتقون لأنها جعلت نفسها أصلاً في الكتابة وأولادها تبعاً على ما بينا في المسئلة الأولى) وذلك أن الام إذا أدت فقد أدت ديناً على نفسها وكل من الولدين أن أدى فهو متبرع غير مضطر وفي ذلك كله لا رجوع فان قيل إذا أدى أحدهما ينبغي أن لا يعتق الابن إلا لأنه لا أصالة بينهما ولا تبعية فالجواب أن أحدهما إذا أدى كان أداءه كاداء الام لأنه تابع لها من كل وجه ولو أدت الام عتقوا كذا إذا أدى أحدهما قيل وهذه فائدة وضع المسئلة في صغيرين دون صغير واحد لعل هذا المعنى

(قوله وأما في الاستحسان فالنظر إلى ثبوت هذا العقد بالتبعية في البعض من غير نظر في أن يكون فيه جهة أصالة أو لا تصحح العقد) أقول قوله تصححاً ناظر إلى قوله فالنظر والضمير في قوله فيه راجع إلى البعض (قوله ولا شمله على المساحة) أقول عطف على قوله تصححاً (قوله في انعقاد العقد عليه) أقول الضمير في قوله عليه راجع إلى الغائب في قوله ولا يكون على الغائب من البدل شيء (قوله فان قيل حق الحرية إلى قوله أوجب بأنه متوهم وحق الرجوع لم يكن ثابتاً فلا يثبت به) أقول الضمير في قوله بأنه راجع إلى قوله حق الحرية والضمير في قوله به راجع إلى قوله متوهم (قوله وكل من الولدين أن أدى الخ) أقول الظاهر أن يقال وكلا

(قوله وهي أولى بذلك من الاجنبي) يريدان هذا العقد على هذا الوجه يجوز في حق الاجنبي فلا يجوز في حق ولدها لان ولدها أقرب اليها من الاجنبي أولى وأقول لعله إشارة الى ما ذهب اليه بعض المشايخ (٢٦٣) أن ثبوت الجواز ههنا قياس واستحسان لان الولد تابع لها بخلاف الاجنبي وأرى انه الحق والله أعلم

وهي أولى بذلك من الاجنبي

باب كتابة العبد المشترك

قال (واذا كان العبد بين رجلين اذن أحدهما صاحبه أن يكتب نصيبه بألف درهم ويقبض بدل الكتابة فكاتب وقبض بعض الالف ثم عجز فالمال للذي قبض عند أبي حنيفة وقالاهم مكاتب بينهما وما أدى فهو بينهما)

أحكام الاصيل لان الاصل في تصرف المراء أن يكون لنفسه (قوله وهي أولى بذلك من الاجنبي) يعني ان هذا العقد على هذا الوجه يجوز في حق الاجنبي فلا يجوز في حق ولدها أولى لان ولدها أقرب اليها من الاجنبي كذا في الشروح قال صاحب العناية بعد أن ذكر ذلك وأقول لعله إشارة الى ما ذهب اليه بعض المشايخ ان ثبوت الجواز ههنا قياس واستحسان لان الولد تابع لها بخلاف الاجنبي وأرى انه الحق اه (وأنا أقول) أرى ان الحق خلافه وهو أن يكون ثبوت الجواز ههنا أيضا على وجه الاستحسان دون القياس كما يدل عليه ما ذكره الامام قاضيان في شرح الجامع الصغير وما ذكره صاحب النكاح وبعض من شراح هذا الكتاب وذلك لان من ذهب الى أن ثبوت الجواز ههنا على وجه القياس والاستحسان ان أراد بوجه القياس ههنا كون الولد تابعه لالام في الكتابة مطلقا كما هو الظاهر من قول صاحب العناية لان الولد تابع لها بخلاف الاجنبي فليس يتام لان تبعية الولد لالام في الكتابة مطلقا نعماتكون في الولد الذي ولدته في حال الكتابة والولد الذي اشتترته في حال الكتابة لافي الولد الذي ولدته قبل الكتابة كما لا يخفى على من أحاط بمسائل كتاب المكاتب خيرا ولا شك أن وضع مسئلتنا هذه في كتابة الامة عن نفسها وعن ابنين لها مولودين قبل الكتابة فلا تصوره ههنا التبعية المطلقة وأما التبعية الحاصلة بالضم اليها في عقد الكتابة فقل هذه التبعية متحققة في المسئلة الاولى أيضا بل تفاوت كما صرح به المصنف هناك وقال ههنا لا تنها جعلت نفسها أصلا في الكتابة وأولادها تبعاعا على ما يثبت في المسئلة الاولى اه مع ان ثبوت الجواز هناك على وجه الاستحسان دون القياس بالاتفاق وان أراد بوجه القياس ههنا ثبوت ولاية المكاتبه على أولادها كتبوها على نفسها فليس يصح اذ قد صرحوا فاطبة بأن الام الحرة لا ولاية لها على أولادها فكيف بالامة وقالوا هذا هو السر في وضع هذه المسئلة في الامة اذ لو وضعها في العبد لم يثبت ولادة الاب عليها فلا يعلم تساوى العبد والامة في حكم هذه المسئلة

باب كتابة العبد المشترك

لما فرغ من كتابة عبد غير مشترك شرع في كتابة العبد المشترك لان الاصل عدم الاشتراك كذا في غاية البيان وقال أكثر الشراح ذكر كتابة الاثنين بعد كتابة الواحد لان الاثنين بعد الواحد (أقول) الوجه الاول هو الراجح لان الوجه الثاني لا يتم في المسئلة الاولى من هذا الباب على قول أبي حنيفة رحمه الله بخلاف الوجه الاول تأمل توقف (قوله واذا كان العبد بين رجلين) قال بعض الشراح وفي بعض النسخ بين شريكين وهي أولى اه (أقول) وجهه الاولوية أن حكم هذه المسئلة يتم

كتابة العبد المشترك سواء كان المكاتب واحدا كما في المسئلة الاولى على مذهب أبي حنيفة أو اثنين شريكين) أقول اي بين رجلين

باب كتابة العبد المشترك

ذكر كتابة الاثنين بعد الواحد لان الواحد قبل الاثنين قال (واذا كان العبد بين شريكين الخ) اذا أذن أحد الشريكين لصاحبه أن يكتب نصيب نفسه بألف درهم ويقبض بدل الكتابة فكاتب وقبض بعض الالف ثم عجز فالمال للذي قبض عند أبي حنيفة وقالاهم مكاتب بينهما أدى فهو بينهما

باب كتابة العبد المشترك

(قوله ذكر كتابة الاثنين بعد الواحد لان الواحد قبل الاثنين) أقول الاظهر ان يقال ذكر

كتابة المشترك بعد غير المشترك لان الاشتراك خلاف الاصل ولان المشترك من غيره كالمركب من المفرد فتدبر وانما قلنا الاظهر ذلك لان مقصود الباب بيان حال (قوله واذا كان العبد بين

وأصل هذا الاختلاف ان الكتابة تجزأ عنده خلافا لهما كالاتفاق لانها تفيد الحرية من وجه فتقتصر على نصيبه عنده والاذن لا يفيد الاشتراك في الكتابة وانما تكون فائدة انتفاعا كان له من حق الفسخ ان كاتبه بغير اذنه واعتراض بأن الكتابة اما أن يعتبر فيها معنى المعاوضة أو معنى الاعتاق أو معنى تعليق العتق بأداء المال ولو وجد شيء من ذلك من أحد الشر يكتفي بغير اذنه صاحب ليس للاخر ولاية الفسخ فمن أين له كاتبة ذلك وأوجب بأن الكتابة ليست عين كل واحد من المعاني المذكورة وانما هي تشمل عليها فيجوز أن يكون لها حكم تختص به وهو ولاية الفسخ لعني بوجه وهو الحاق الضرر ببطء لان حق البيع للشر يك الساكت بالكتابة وتصرف الانسان في خالص حقه انما يسوغ اذا لم يتضرر به الغير ثم المحل وهي الكتابة تقبل الفسخ ولهذا يفسخ براضيه ما فتحقق مقتضى واتفى المانع وأما المعاني المذكورة فالمعاوضة وان قبلت الفسخ لكن ليس فيها ضرر لصاحبه فانه اذا باع نصيبه لم يطل على صاحبه بيع نصيبه والاتفاق والتعليق وان كان فيه ماضر لكن المحل لا يقبل الفسخ أما الا اعتاق فقطاهر وأما التعليق فلانه عين (قوله واذنه له قبض البذل) بيان (٣٦٤) لاختصاص المكاتب بالمقبوض وذلك انه اذا أذن له بالقبض فقد أذن للعبد بالاداء

من الكسب اليه فيصير الاذن متبرعا بنصيبه من الكسب عليه أي على المكاتب فلهذا كان كل المقبوض له ويجوز أن يكون ضمير عليه للعبد أي فيكون الاذن متبرعا بنصيبه على العبد ثم على الشريك فاذا تم تبرعه بقبض الشريك لم يرجع فان قيل المتبرع يرجع بما تبرع اذا لم يحصل مقصوده من التبرع كن تبرع بأداء الثمن عن المشتري ثم هلك المبيع قبل القبض أو استحق فان له الرجوع لعدم حصول مقصوده من التبرع وهو سلامة المبيع للمشتري أوجب بأن

وأصله ان الكتابة تجزأ عنده خلافا لهما بمنزلة الاعتاق لانها تفيد الحرية من وجه فتقتصر على نصيبه عنده للتجزؤ وفائدة الاذن أن لا يكون له حق الفسخ كما يكون له اذا لم يذن واذنه له قبض البذل اذن للعبد بالاداء فيكون متبرعا بنصيبه عليه فلهذا كان كل المقبوض له وعندهما الاذن بكتابة نصيبه اذن بكتابة الكل لعدم التجزؤ فهو أصيل في النصف وكيل في النصف فهو بينهما والمقبوض مشترك بينهما فينبغي كذلك بعد التجزؤ

ما اذا كان العبد بين رجلين وما اذا كان بين رجل وامرأة أو بين امرأتين ولفظ شر يكتفي بتنظيم الكل لما يجزئ الشريك فعلا بمعنى مفعول من شركه في كذا فان كلاما من المتشاركين في أمر شارك فيه ومشركه والفعل بمعنى المفعول يستوي فيه المذكور والمؤنث أو بصيرورة لفظ الشريك من عداد الاسماء الحامدة كما قالوا في لفظ التابع ونحوه حتى جعلوا التوابع جمع تابع من هذه الحينية فيتناول المذكور والمؤنث على السوية ثم ان صاحب العناية لما أخذ بنسخة بين شر يكتفي حيث قال قال واذا كان العبد بين شر يكتفي فسر بعض الفضلاء قوله شر يكتفي برجلين حيث قال أي بين رجلين (أقول) هذا أمر عجيب اذ لا شك أن حكم هذه المسئلة غير مختص بما اذا كان العبد بين رجلين فتخصيص لفظ يتحمل العموم للرجلين وغيرهما بالرجلين مما لا وجه له هنا أصلا ولو فسر لفظ رجلين في نسخة بين رجلين بالشر يكتفي مطلقا تغلب الذكور على الاناث لكان له وجه وجبه لاقتضاء المقام اياه فكيف بالعكس (قوله وأصله ان الكتابة تجزأ عنده خلافا لهما بمنزلة الاعتاق لانها تفيد الحرية من وجه فتقتصر على نصيبه عنده للتجزؤ وفائدة الاذن أن لا يكون له حق الفسخ كما يكون له اذا لم يذن) قال صاحب العناية في شرح هذا المقام وأصل هذا الاختلاف أن الكتابة تجزأ عنده خلافا لهما كالاتفاق لانها تفيد الحرية من وجه فتقتصر على نصيبه عنده والاذن لا يفيد الاشتراك في الكتابة

المتبرع عليه هو المكاتب من وجه من حيث ان مقصود الاذن قضاء دينه من ماله وبعد التجزؤ صار عبدا له من كل وجه والمولى لا يستوجب على عبده شيئا بخلاف البائع فان ذمته محل صالح لو جوب دين المتبرع فيثبت له حق الرجوع اذا لم يحصل مقصوده وله ما أن الاذن بكتابة نصيبه اذن بكتابة الكل لعدم التجزؤ فهو أصيل في النصف وكيل في النصف وهو أي البذل بينهما والمقبوض مشترك بينهما فينبغي كذلك بعد التجزؤ كالأول كاتبه فعجز وفي يده من الاكساب وكان المصنف مال الى قوله ما حيث أخره

(قوله والاذن لا يفيد) أقول أي على مذهبهما (قوله فيجوز أن يكون لها حكم تختص به وهو ولاية الفسخ لعني بوجه وهو الحاق الضرر ببطء لان حق البيع للشر يك الساكت بالكتابة) أقول قوله هو في قوله وهو ولاية الفسخ راجع الى قوله حكم وقوله ببطء لان متعلق بقوله الضرر وقوله للشر يك متعلق بقوله الحاق وقوله بالكتابة متعلق بقوله الحاق أيضا (قوله فتحقق مقتضى) أقول به في الحاق الضرر (قوله واتفى المانع) أقول بعني عدم قبول الفسخ (قوله لكن ليس فيها ضرر) أقول فلم يتحقق فيها مقتضى (قوله أما الاعتاق فقطاهر وأما التعليق فلا نهين) أقول فلم يتحقق فيه المانع (قوله وهو أي البذل) أقول أو العقد أو المكاتب وبؤيده قوله وقال هو مكاتب بينهما (قوله وكان المصنف مال الى قوله ما حيث أخره) أقول فيه كلام لانه أبى عنه ترجيح قول أبي حنيفة في كتاب العتاق

قال (واذا كانت جارية بين رجلين كاتبها فوطئها أحدهما فجاءت بولد فادعاه أي صحت دعوته وثبت نسبه ثم ووطئها الآخر فجاءت بولد فادعاه أي صحت دعوته أيضا وثبت نسبه ثم عجزت فهي أم ولد كلها الاول بطريق التبين لأنه لما ادعى أحدهما الولد الاول صحت دعوته لقيام الملك له فيه (٣٦٥) وصار نصيبه أم ولده بناء على أن

الاستيلاء في المكاتبه
يجزأ عند أبي حنيفة رحمه
الله لأنه لا وجه لتكميل
الاستيلاء بالتملك نصيب
صاحبه والمكاتبه لا تقبل
النقل من ملك إلى ملك
فتقتصر أمومية الولد على
نصيبه كافي المدبرة المشتركة
فإن الاستيلاء فيها يجزأ
بالاتفاق والجامع أن كلا
من الكتابة والتدبير يمنع
الانتقال من ملك إلى ملك
ولا وجه لفسخ الكتابة
لأن المكاتبه قد ترضى
بحرية عاجلة بجهة الكتابة
ولا ترضى بحرية آجلة بجهة
الاستيلاء فإذا لم يتمحض
الفسخ منفعه لا تنفسخ إلا
بفسخ المكاتبه وإذا ادعى
الثاني ولدها الآخر صحت
دعوته لقيام ملكه ظاهرا
وإنما قيد بقوله ظاهرا لأن
الظاهر - أن غرضي على
كتابتها فكان ملكه باقيا
نظرا إلى الظاهر ثم إذا عجزت
بعد ذلك جعلت الكتابة
كان لم تكن وتبين أن
الجارية كلها أم ولد الاول
لأنه زال المانع من الانتقال
ووطؤه سابق ويضمن
نصف قيمته لأنه تملك نصيبه

قال (واذا كانت جارية بين رجلين كاتبها فوطئها أحدهما فجاءت بولد فادعاه ثم ووطئ الآخر فجاءت بولد فادعاه ثم عجزت فهي أم ولد الاول) لأنه لما ادعى أحدهما الولد صحت دعوته لقيام الملك له فيها وصار نصيبه أم ولده لأن المكاتبه لا تقبل النقل من ملك إلى ملك فتقتصر أمومية الولد على نصيبه كافي المدبرة المشتركة وإذا ادعى الثاني ولدها الآخر صحت دعوته لقيام ملكه ظاهرا ثم إذا عجزت بعد ذلك جعلت الكتابة مكان لم تكن وتبين أن الجارية كلها أم ولد الاول لأنزال المانع من الانتقال ووطؤه سابق (ويضمن نصف قيمتها) لأنه تملك نصيبه لما استكمل الاستيلاء (ونصف عقرها) لو طئته جارية مشتركة (ويضمن شريكه كمال عقرها وقيمة الولد

وإنما يكون فائدته انتفاء ما كان له من حق الفسخ أن كاتبه بغير إذنه اه كلامه وقال بعض الفضلاء في تفسير قوله والاذن لا يفيد الاشتراك في الكتابة أي على مذهبه اه (أقول) هذا خبط ظاهر لأن الاذن يفيد الاشتراك في الكتابة على مذهبه ما قطعنا ألا يرى إلى قولهم ما في تعليل مذهبه ما في هذه المسئلة أن الاذن بكتابة نصيبه أذن بكتابة الكل لعدم التجزؤ فهو أصيل في النصف وكيل في النصف فهو بينهما والمتبوض مشترك بينهما فيبقى كذلك بعد التجزؤ اه ولعل قوله على مذهبه ما وقع سهوا من قلم النافع وكان الصحيح على مذهبه ثم إن صاحب العناية بعد أن شرح دليلي الطرفين في هذه المسئلة بالتام قال وكان المصنف مال إلى قوله ما حيث أخوه اه وقال بعض الفضلاء فيه كلام لأنه بأي عنده ترجيح قول أبي حنيفة في كتاب العتاق اه (أقول) الذي مر في كتاب العتاق مسئلة العتاق والمذكور ههنا مسئلة الكتابة واستلزام ترجيح قول أبي حنيفة في مسئلة الاعتاق ترجيحه في مسئلة الكتابة ممنوع سيما إذا كانت كتابة أحد الشرعيين باذن الآخر كما نحن فيه فنأين يثبت الإلزام ولو سلم الاستلزام بناء على كون الأصل في كتابة المسئلتين هو التجزؤ وعدمه فترجح قوله هنالك لم يكن بالتصريح به بل إنما هو من تأخير دليله في البيان وقد عكس الأمر ههنا فقههم منه ترجيح قولهم لا محالة ولما وقع التدافع بين الكلامين حملنا الثاني على الرجوع عن الاول كما هو الخاص في أمثال هذا فلا محذور تدبر (قوله ويضمن شريكه كمال العقر وقيمة الولد) قيل ينبغي أن لا يضمن شريكه قيمة الولد عند أبي حنيفة رحمه الله لأن حكم ولد أم الولد حكم أمه ولا قيمة لأم الولد عنده فكذلك الإنبها وأجيب بأن هذا على قولهم اه وأما على قوله فليس عليه ضمان قيمة الولد قال صاحب العناية بعد ذكر ذلك السؤال وهذا الجواب وليس بشئ (أقول) يعني أن هذا الجواب ليس بشئ لأن ما ذكره المصنف فيما سياتي بقوله وهذا الذي ذكرناه كله قول أبي حنيفة يناق هذا الجواب قطعاً ثم قال صاحب العناية وقبل عن أبي حنيفة في تقوم أم الولد روايتان فيكون الولد متقوماً على أحدهما فكان حراً بالقيمة انتهى وقال بعض الفضلاء هذا مخالف لما أسلفه الشارح في باب البيع الفاسد من أن الروايتين في حق المدبر وأما في حق أم الولد فاتفقت الروايات عن أبي حنيفة أنه لا يضمن بالبيع والغصب لأنه لا تقوم لما يثبت انتهى (أقول) لا ضير في مخالفة ما ذكر في هذا الجواب الثاني لما أسلفه صاحب العناية في باب البيع الفاسد فإنه وإن أسلفه هنالك تبعاً لصاحب النهاية لأن المصنف صرح هنالك بتحقيق

(٣٦ - تكمله سابع)

عقرها فيكون النصف بالنصف قصاصاً ويبيى الاول على الثاني نصف العقر وقيمة الولد

(قوله أي صحت دعوته وثبت نسبه) أقول فيه بحث (قوله أي صحت دعوته أيضاً) أقول فيه بحث أيضاً (قوله لا تنفسخ إلا بفسخ المكاتبه) أقول دون أن تعجز نفسها على ما هو المفروض في وضع المسئلة

ويكون الولد ابنه بالنظر الى الظاهر والحقيقة أما بالنظر الى الظاهر فيكون الولد ابنه بالقيمة فانه بمنزلة المغرور لانه حين وطئها كان ملكه قائما ظاهرا كما ذكرنا وولد المغرور ثابت بالنسب منه حرا بالقيمة على ما عرف وأما بالنظر الى الحقيقة فلزوم كمال العقر لانه وطئ أم ولد الغير حقيقة فان قيل فعلى هذا ينبغي أن لا يضمن الثاني قيمة الولد الاول عند أبي حنيفة لان حكم ولد أم ولد حكم أمه ولا قيمة لام الولد عنده فكذلك لانها أجيب بأن هذا على قولهما وأما على قوله فليس عليه ضمان قيمة الولد وليس بشئ وقيل عن أبي حنيفة في تقوم أم الولد روايتان فيكون الولد متقوما على احدهما فكان حرا بالقيمة وأيهما دفع العقر الى المكاتبه يعني قبل الحجر جاز لان الكتابة مادامت باقية حتى القبض لها الاختصاصها بمنافعها وأبدائها اذا عجزت رد العقر الى المولى لظهور اختصاصه وهذا الذي ذكرنا كله قول أبي حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد هي أم ولد الاول وهي مكاتبه ويعتق بأداء البدل الى الاول ولا يجوز وطء الآخر لانه لما ادعى الاول الولد صارت كلها أم ولده لان أمومية الولد يجب تكميلها بالاجماع ما أمكن لان الاستيلاء طلب الولد وأنه يقع بالفعل والفعل لا يتجزأ فكذلك ما ثبت به ولهذا لا يكمل في القنة بالاجماع وقد أمكن ههنا بفسخ (٢٦٦) الكتابة لانها قابلة للفسخ فتفسخ تكمilla للاستيلاء فيمالاتنضر ربه المكاتبه وهو

أمومية الولد لانه لا ضرر لها فيها بل لها فيه نفع حيث لم يتبق محلا للاستيلاء بالبيع والهبة وتبقى الكتابة فيما وراءه محلا أي فيما وراءه لا تنضر ربه وهو كونهما أحق بكسبهما أو كسب ولدها (قوله بخلاف التدبير) جواب عن قياس أبي حنيفة المتنازع فيه على المدبرة المشتركة وجهه اننا قد قلنا ان أمومية الولد تستكمل ما أمكن ولا مكان ههنا لان التدبير غير قابل للفسخ فإذا استولد الشريك الثاني بعد استيلاء الاول المدبرة المشتركة بينهما صح استيلاءه (قوله وبخلاف بيع المكاتب) قيل هو جواب عما يقال هلا ففسختم الكتابة في ضمن صحة البيع فيما اذا بيع المكاتب كما فسختموها في ضمن صحة الاستيلاء ووجهه ان في تجوز البيع ابطال الكتابة لا يرضى ببقائه مكاتبا

الرواية عن أبي حنيفة رحمه الله في تقوم أم الولد ابضا حيث قال وان ماتت أم الولد والمدير في يد المشتري فلا ضمان عليه عند أبي حنيفة رحمه الله وقال عليه قيمتها وهو رواية عنه انتهى والمجيب بهذا الجواب الثاني انما هو تاج الشريعة وصاحب الكفاية وهو ما لم يذكر في باب البيع الفاسد عدم تحقق الروايتين عن أبي حنيفة في حق أم الولد أو ما صاحب العناية فليس يجيب بهذا الجواب من عند نفسه بل هو ناقل محض فلا ينافي ما اختاره هناك (قوله وبخلاف بيع المكاتب الخ) هذا جواب عما يقال هلا قلتم بفسخ الكتابة ضمنا لصحة البيع فيما اذا بيع المكاتب كما قلتم بفسخ الكتابة ضمنا لصحة الاستيلاء ووجه الجواب أن في تجوز البيع ابطال الكتابة اذا المشتري لا يرضى ببقائه مكاتبا ولو ابطالناها تنضر ربه المكاتب وفسخ الكتابة فيما يتضرر به المكاتب لا يصح هذا ما عليه جمهور الشراح في جمل مراد المصنف بكلامه هذا عليه وقد ذكر هذا السؤال والجواب صراحة في الكافي بقاء قيل قلنا ثم ان صاحب العناية بعد أن ذكر هذا المعنى الكلام المصنف هذا بقيل قال ويجوز أن يكون بيانا لقوله وتبقى الكتابة فيما وراءه فان البيع وراهما لا يتضرر به فان المكاتب يتضرر به فتبقى الكتابة كما كانت

البيع فيما اذا بيع المكاتب كما فسختموها في ضمن صحة الاستيلاء ووجهه ان في تجوز البيع ابطال الكتابة لا يرضى ببقائه مكاتبا ولو ابطالناها تنضر ربه المكاتب وفسخ الكتابة فيما يتضرر به المكاتب لا يصح ويجوز أن يكون بيانا لقوله وتبقى الكتابة فيما وراءه فان البيع وراهما لا يتضرر به وان كان المكاتب يتضرر به فتبقى الكتابة كما كانت

(قوله ويكون الولد ابنه بالنظر الى الظاهر) أقول أي ما ذكر من ضمان كمال العقر وقيمة الولد وكون الولد ابنه ثابت بالنظر الى الظاهر والحقيقة (قوله لان حكم ولد أم ولد حكم أمه) أقول سبق في هذه الكراسة ان الاوصاف الفارة الشرعية في الامهات تسري الى الاولاد (قوله وقيل عن أبي حنيفة في تقوم أم الولد روايتان فيكون الولد متقوما على احدهما) أقول هذا مخالف لما أسلفه الشارح في باب البيع الفاسد من أن الروايتين في حق المدبر وأما في حق أم الولد فانفتحت الروايات عن أبي حنيفة أنه لا يضمن بالبيع والغصب لانه لا تقوم لما ثبتها قال المصنف (وبخلاف بيع المكاتب) أقول هذا جواب عندي عن قياس أبي حنيفة نقل المكاتبه المقرضة من ملك الثاني الى ملك الاول على بيعها ووجهه أن في النقل لا تنفسخ الكتابة مطلقا كما فصل بخلاف البيع

(قوله واذا صارت كلها أم ولده) متصل بقوله صارت كلها أم ولده وتفسيره انه لما ادعى الاول صارت كلها أم ولده واذا صارت كلها أم ولده فالثاني وطئ أم ولد الغير فلا يثبت نسب الولاد منه ولا يكون حرا عليه بالقيمة غير انه لا يجب عليه الحد للشبهة وهي شبهة انهما مكتوبة بينهما ما يدل ما ذكره أبو حنيفة انها تبقى مكتوبة بينهما فيما تنضرب به للاجتماع على ما ذكرناه ولا حد على وطئها مكتوبة ويلزمه جميع العقر لان الوطء لا يعرى عن احدى الغرامتين وقوله (واذا بقيت الكتابة) متصل بقوله وتبقى الكتابة فيما وراءه وتقرير به وتبقى الكتابة فيما وراءه واذا بقيت الكتابة فصارت كلها مكتوبة أي لا الاول قبل هو جزء اذا بقيت يجب عليها نصف بدل الكتابة لان الكتابة قد انسخت فيما لا تنضرب به المكتوبة ولا تنضرب بسقوط نصف البدل وهو نصيب الشريك الثاني وهو قول أبي منصور وقيل يجب كل البدل لان الكتابة لم تنسخ الا في حق التملك ضرورة تكميل الاستيلاد والثابت بالضرورة لا يتعدى فلا يظهر في حق سقوط نصف البدل وقوله (وفي ابقائه) يجوز أن يكون جوابا عما يقال الكتابة تنسخ فيما لا تنضرب به المكتوبة وهي لا تنضرب بسقوط نصف البدل فيجب أن تنسخ ووجهه ان في ابقاء عقد (٣٦٧) الكتابة في حق نصف البدل نظرا

للولى وان كانت لا تنضرب المكتوبة بسقوطه فربحنا جانب المولى لان الاصل في الكتابة عدم الفسخ (والكتابة هي التي تعطى العقر لا خصاصها بأبدال منافعها ولو عجزت وردت في الرق ترد الى المولى لظهور اختصاصه على ما بينا قال (ويضمن الاول لشريكه في قياس قول أبي يوسف رحمه الله نصف قيمتها مكتوبة) لانه تملك نصيب شريكه وهي مكتوبة فيضمنه موسرا كان أو معسرا لانه ضمان التملك (وفي قول محمد يضمن الاقل من نصف قيمتها ومن نصف ما بقي من بدل الكتابة) لان حق شريكه في نصف الرقبة على اعتبار العجز وفي نصف البدل على اعتبار الاداء فلا تردد بينهما يجب أقلهما انتهى (أقول) لا يخفى على من له ذوق صحيح ما فيه من الركاكة من جهة اللفظ ومن جهة المعنى فليتفكر وقال بعض الفضلاء قول المصنف هذا جواب عندي عن قياس أبي حنيفة نقل المكتوبة المفروضة من ملك الثاني الى ملك الاول على بيعها ووجهه أن في النقل لا تنسخ الكتابة مطلقا كما فصل بخلاف البيع الى هنا كلامه (أقول) أنت خير بأن القياس الذي ذكره لم يقع من أبي حنيفة قط فكيف يكون هذا جوابا عن ذلك (قوله ويضمن الاول لشريكه في قياس قول أبي يوسف نصف قيمتها مكتوبة الى قوله فلا تردد بينهما يجب أقلهما) قال صاحب العناية في شرح هذا المقام اذا كاتب الرجلان عبدا مشتركا بينهما كتابة واحدة ثم اعتق أحدهما نصيبه يضمن المعتق لشريكه نصف قيمته مكتوبة عند أبي يوسف موسرا كان أو معسرا لانه ضمان التملك وهو لا يختلف باليسار والاعسار وعند محمد يضمن الاقل من نصف قيمته مكتوبا ومن نصف ما بقي من بدل الكتابة لان حق شريكه في نصف الرقبة على اعتبار العجز وفي نصف البدل على اعتبار الاداء فلا تردد بينهما يجب أقلهما

واذا صارت كلها أم ولده فالثاني وطئ أم ولد الغير (فلا يثبت نسب الولاد منه ولا يكون حرا عليه بالقيمة) غير أنه لا يجب الحد عليه للشبهة (ويلزمه جميع العقر) لان الوطء لا يعرى عن احدى الغرامتين واذا بقيت الكتابة وصارت كلها مكتوبة له قبل يجب عليها نصف بدل الكتابة لان الكتابة انسخت فيما لا تنضرب به المكتوبة ولا تنضرب بسقوط نصف البدل وقيل يجب كل البدل لان الكتابة لم تنسخ الا في حق التملك ضرورة فلا يظهر في حق سقوط نصف البدل وفي ابقائه في حقه نظر للولى وان كان لا تنضرب المكتوبة بسقوطه (والكتابة هي التي تعطى العقر لا اختصاصها بأبدال منافعها ولو عجزت وردت في الرق ترد الى المولى لظهور اختصاصه على ما بينا قال (ويضمن الاول لشريكه في قياس قول أبي يوسف رحمه الله نصف قيمتها مكتوبة) لانه تملك نصيب شريكه وهي مكتوبة فيضمنه موسرا كان أو معسرا لانه ضمان التملك (وفي قول محمد يضمن الاقل من نصف قيمتها ومن نصف ما بقي من بدل الكتابة) لان حق شريكه في نصف الرقبة على اعتبار العجز وفي نصف البدل على اعتبار الاداء فلا تردد بينهما يجب أقلهما

انتهى (أقول) لا يخفى على من له ذوق صحيح ما فيه من الركاكة من جهة اللفظ ومن جهة المعنى فليتفكر وقال بعض الفضلاء قول المصنف هذا جواب عندي عن قياس أبي حنيفة نقل المكتوبة المفروضة من ملك الثاني الى ملك الاول على بيعها ووجهه أن في النقل لا تنسخ الكتابة مطلقا كما فصل بخلاف البيع الى هنا كلامه (أقول) أنت خير بأن القياس الذي ذكره لم يقع من أبي حنيفة قط فكيف يكون هذا جوابا عن ذلك (قوله ويضمن الاول لشريكه في قياس قول أبي يوسف نصف قيمتها مكتوبة الى قوله فلا تردد بينهما يجب أقلهما) قال صاحب العناية في شرح هذا المقام اذا كاتب الرجلان عبدا مشتركا بينهما كتابة واحدة ثم اعتق أحدهما نصيبه يضمن المعتق لشريكه نصف قيمته مكتوبة عند أبي يوسف موسرا كان أو معسرا لانه ضمان التملك وهو لا يختلف باليسار والاعسار وعند محمد يضمن الاقل من نصف قيمته مكتوبا ومن نصف ما بقي من بدل الكتابة لان حق شريكه في نصف الرقبة على اعتبار العجز وفي نصف البدل على اعتبار الاداء فلا تردد بينهما يجب أقلهما

وعند محمد يضمن الاقل من نصف قيمته مكتوبا ومن نصف ما بقي من بدل الكتابة لان حق شريكه في نصف الرقبة على اعتبار العجز وفي نصف البدل على اعتبار الاداء فلا تردد بينهما يجب أقلهما لانه متيقن قال صدر الاسلام ولانه لو بقي من البدل درهم يكون حصته نصف درهم وقد تملكها أحدهما بالاستيلاد فيستحيل أن يجب عليه نصف القيمة وهو خمسمائة اذا كانت قيمتها ألف درهم وقد وصل اليه جميع بدل نصيبه من هذه الرقبة الا نصف درهم فلماذا أوجبنا الاقل هذا قولهما في المكاتب المشتركة اذا اعتق أحدهما نصيبه وعلى هذا القياس قولهما فيما نحن فيه فعلى قياس قول أبي يوسف يضمن الاول لشريكه نصف قيمتها مكتوبة وعلى قياس قول محمد يضمن الاقل من نصف قيمتها مكتوبة ومن نصف ما بقي من البدل والوجه قد ذكرناه

(قوله انها تبقى مكتوبة بينهما) أقول بخالف لقوله وهي مكتوبة له (قوله قبل هو جزء اذا بقيت) أقول قوله هو راجع الى قوله قبل (قوله على ما بينا) أقول يعني في شرح قوله وتبقى فيما وراءه (قوله في تعديل قول أبي حنيفة) أقول فيه بحث والاولى أن يقال في تعديل القولين

قال (واذا كان الثاني لم يطاها ولو يكن دبرها ثم عجزت بطل التدبير) لانه لم يصادف الملك أما عندهما فظاهر لان المستولدات كلها قبل العجز وأما عند أبي حنيفة رحمه الله فلا نه بالجرتين أنه تلك نصيبه من وقت الوطء فتبين أنه مصادف ملك غيره والتدبير يعتمد الملك بخلاف النسب لانه يعتمد الغرور على ما مر قال (وهي أم ولد الاول) لانه تلك نصيب شريكه وكل الاستيلاء على ما بينا (ويضمن لشريكه نصف عقرها) لو طئه جارية مشتركة (ونصف قيمتها) لانه تلك نصفها بالاستيلاء وهو تلك بالقيمة (والولد الاول) لانه صحت دعونه لقيام المصحح

(واذا كان الثاني لم يطاها) ولو يكن دبرها ثم عجزت بطل التدبير لعدم مصادفته الملك أما عندهما فظاهر لان المستولدات كلها قبل العجز وأما عنده فلا نه بالجرتين أنه تلك نصيبه من وقت الوطء فتبين أنه أي التدبير (مصادف ملك غيره والتدبير يعتمد الملك) فلا يصح بدونه (بخلاف النسب) فانه ثبت من الثاني ان وجد الوطء منه (لانه يعتمد الغرور) لا الملك (وهي أم ولد الاول) لانه تلك نصيب شريكه وكل الاستيلاء على ما بينا (يعني في تعليل قول أبي حنيفة وهو قوله وتبين ان الجارية كلها أم ولد الاول لانه زال المانع من الالتئام) (ويضمن لشريكه نصف عقرها) لو طئه جارية مشتركة ونصف قيمتها لانه تلك نصفها بالاستيلاء وهو تلك بالقيمة والولد الاول لانه صحت دعونه لقيام المصحح (وهو الملك في المكاتبه)

لانه متيقن قال صدر الاسلام ولانه لو يق من البذل درهم يكون حصته نصف درهم وقد تملكها أحدهما بالاستيلاء فيستعمل أن يجب عليه نصف القيمة وهو خمسمائة اذا كانت قيمتها ألف درهم وقد وصل اليه جميع بدل نصيبه من هذه الرقبة الا نصف درهم فلهذا أوجبنا الاقل هذا قولهما في المكاتب المشترك اذا اعتق أحدهما نصيبه وعلى هذا القياس قولهما فيما نحن فيه فعلى قياس قول أبي يوسف يضمن الاول لشريكه نصف قيمتها مكاتبه وعلى قياس قول محمد يضمن الاول الاقل من نصف قيمتها مكاتبه ومن نصف ما بقي من البذل والوجه قد ذكرناه الى هنا كلام صاحب العنايه (أقول) هذا شرح فاسد وتحرير مختل أما أولافلان قوله اذا كاتب الرجلان عبدا مشتركا بينهما كتابة واحدة ثم اعتق أحدهما نصيبه يضمن المعتق لشريكه نصف قيمته مكاتبه عند أبي يوسف موسرا كان أو معسرا خبط فاحش اذ قد صرح في عامة المعتمرات حتى الهداية نفسها فيما سياتي بعد نصف صفحة بأن قول أبي يوسف في تلك المسئلة أن يضمن الساكت المعتق قيمة نصيبه مكاتبان كان موسرا ويسمسى العبدان كان معسرا بناء على انه ضمان اعتاق فيختلف باليسار والاعسار ومن العجائب قول صاحب العنايه في الاستدلال على قول أبي يوسف في تلك المسئلة لانه ضمان التملك وهو لا يختلف باليسار والاعسار اذ لا يشترطه على أحد ان ضمان الاعتاق ضمان افساد التملك لا ضمان التملك أولم يقول صاحب الكفايه بعد شرح قول المصنف هنا لانه ضمان تلك فأما اذا اعتقها أحدهما أولا كان هذا ضمان افساد الملك وأما ما بينا فلان قوله هذا قولهما في المكاتب المشترك اذا اعتق أحدهما نصيبه بدل على أن ما ذكره فيما قبل بأسره كان في حق المكاتب المشترك اذا اعتق أحدهما نصيبه مع أن ما نقله عن صدر الاسلام فيما قبل صريح في أنه في حق المكاتبه المشتركة اذا تملكها أحدهما بالاستيلاء وأما ما نقلناه لانه صرف القياس في كلام المصنف هذا الى قول أبي يوسف ومحمد معاجيث قال وعلى هذا القياس قولهما فيما نحن فيه فعلى قياس قول أبي يوسف يضمن الاول لشريكه نصف قيمتها مكاتبه وعلى قياس قول محمد يضمن الاقل من نصف قيمتها مكاتبه ومن نصف ما بقي من البذل انتهى مع ان كلام المصنف في المقيس عليه وهو مسئلة الاعتاق على ما سياتي صريح في أن محمد مع أبي يوسف هناك في أن يضمن الساكت المعتق قيمة نصيبه مكاتبان كان موسرا دون الاقل منها ومن نصف ما بقي من البذل فكيف يتم القياس على قول محمد رحمه الله نعم يجوز أن يكون عن محمد روايتان في مسئلة اعتاق أحد الشريكين المكاتب المشترك بينهما أحدهما ما ذكره المصنف فيما سياتي والاخرى ما يوافق قياس ما ذكره في مسئلة الاستيلاء وبذل عليه ما ذكر في بعض الكتب المعتمدة كالكا في البدائع فان المذكور فيهما في مسئلة الاعتاق على قول محمد هو الرواية الاخرى وهي ضمان الاقل من نصف القيمة ومن نصف ما بقي من بدل الكتابة لكن كلامنا في عدم مساعده كلام المصنف نفسه لصرف القياس الذي أقحمه في لفظ الجامع الصغير ههنا الى قولهما معا * ثم أقول الوجه عندى أن يكون مراد المصنف ههنا أن قول أبي يوسف فيما نحن فيه من مسئلة الاستيلاء على

(وهذا قولهم جميعا) لان الاختلاف مع بقاء الكتابة وهما ما بقيت لانه لما استولدها الاول ملك نصف شريكه ولم يبق ملك للذيرفها فلا يصح تديره وقد ذكرنا ايضا من قوله (ووجهه ما بينا) أى فى تعليل القولين أما طرف أبى حنيفة فقد ذكرنا أن نفاض قوله وتبين أن الجارية الخ وأما طرفهما فهو قوله لانه لما ادعى الاول صارت كلها أم ولده الخ (وان كانا كاتباهما ثم أعتقها أحدهما وهو موسر ثم عجزت يضمن المعتق لشريكه نصف قيمتها ويرجع بذلك عليه عند أبى حنيفة وقال لا يرجع عليها لانها لما عجزت وردت فى الرق صارت كأنها لم تزل قنة والجواب فيه) أى فى اعتناق أحد الشريكين القن (على هذا الخلاف فى الرجوع) فان عند أبى حنيفة اذا ضمن الساكت المعتق فالمعتق يرجع على العبد وعندهما لا يرجع عليه (وفى الخيارات) عند أبى حنيفة الساكت مخير بين الخيارات الثلاث ان شاء أعنى وان شاء استسعى العبد وان شاء ضمن شريكه قيمة نصيبه وعندهما ليس له الا الضمان مع اليسار والسعاية مع الاعسار (وغيرها) يعنى الولاء وترديد الاستسعاء فان عند أبى حنيفة ان أعتق الساكت أو استسعى فالولاء بينهما ما وان ضمن المعتق فالولاء للمعتق وعندهما للمعتق فى الوجهين جميعا وأما ترديد الاستسعاء فانهم لا يريان الاستسعاء (٢٦٩) مع اليسار ويقولون ان كان المعتق موسرا

يضمن نصيب الساكت وان كان معسرا سعى العبد لنصيب الساكت وأبو حنيفة رضى الله عنه يراه (كما هو مسئله تجزؤا لاعتناق كما تقر فى العتاق) هذا اذا عجز (وأما قبل العجز فليس له أن يضمن المعتق عند أبى حنيفة) خلافا لهما وهو واضح ومبين أياضا على تجزؤا لاعتناق وذلك (لان الاعتناق لما تجزأ عندده لم يظهر افساده نصيب الساكت ما لم يجز فان أثره حينئذ أن يجعل نصيب الساكت كالكاتب) وهو حاصل وانما يظهر ذلك اذا عجزت كما هو جب ذلك فى القنة فيوجب الضمان

وهذا قولهم جميعا ووجهه ما بينا قال (وان كانا كاتباهما ثم أعتقها أحدهما وهو موسر ثم عجزت يضمن المعتق لشريكه نصف قيمتها ويرجع بذلك عليها عند أبى حنيفة وقال لا يرجع عليها) لانها لما عجزت وردت فى الرق نصير كأنها لم تزل قنة والجواب فيه على الخلاف فى الرجوع وفى الخيارات وغيرها كما هو مسئله تجزؤا لاعتناق وقد قررناه فى الاعتناق فأما قبل العجز ليس له أن يضمن المعتق عند أبى حنيفة لان الاعتناق لما كان تجزأ عنده كان أثره أن يجعل نصيب غير المعتق كالكاتب فلا يتغير به نصيب صاحبه لانها مكتوبة قبل ذلك وعندهما لما كان لا تجزأ يعتق الكل فله أن يضمنه قيمة نصيبه مكاتبا ان كان موسرا ويستسعى العبدان كان معسرا لانه ضمنان اعتناق فيختلف باليسار والاعسار قال (واذا كان العبدان رجلين دبره أحدهما ثم أعتقه الآخر وهو موسر فان شاء الذى دبره ضمن المعتق نصف قيمته مدبرا وان شاء استسعى العبد وان شاء أعتق وان أعتقه أحدهما ثم دبره الآخر لم يكن له أن يضمن المعتق ويستسعى أو يعتق وهذا عند أبى حنيفة رحمه الله)

قياس قوله فى مسئله الاعتناق وأما قول محمد فيه فعلى خلاف قوله فى تلك المسئلة يرشد الى هذا المعنى قطعاً أسلوب تجزؤا للمصنف حيث قال فى قياس قول أبى يوسف وفى قول محمد زيادة لفظ قياس فى الاول وحذفه فى الثانى تدبر ترشد (قوله وهذا قولهم جميعا) لان الاختلاف مع بقاء الكتابة وهما ما بقيت لانه لما استولدها الاول ملك نصف شريكه ولم يبق ملك للذيرفها فلا يصح تديره كذا فى العناية وغيرها قال بعض الفضلاء فيه انه ينبغي أن يملكها عند محمد بالاقل من نصف القيمة ونصف بدل الكتابة فليتأمل انتهى (أقول) يمكن الفرق بأن وجه قول محمد بالاقل من نصف القيمة ونصف بدل الكتابة فيما اذا بقيت الكتابة وهو أن حق شريكه فى نصف الرقبة على اعتبار العجز وفى نصف البدل على اعتبار

(وعندهما لما لم تجزأ يعتق الكل فله أن يضمن قيمة نصيبه مكاتبا ان كان موسرا ويستسعى العبدان كان معسرا لانه ضمنان اعتناق فيختلف باليسار والاعسار) قال (واذا كان العبدان رجلين دبره أحدهما الخ) واذا كان العبدان رجلين دبره أحدهما ثم أعتقه الآخر وهو موسر فان المدبر مخير بين تضمين المعتق نصف قيمة المدبر وبين استسعاء العبد واعتناقه وان كانت المسئلة بالعكس من ذلك وهو ان أعتقه أحدهما ثم دبره الآخر لم يضمن المعتق ولكن يستسعى أو يعتق وهذا عند أبى حنيفة

(قوله وهذا قولهم جميعا لان الاختلاف مع بقاء الكتابة) أقول فيه أنه ينبغي أن يملكها عند محمد بالاقل من نصف القيمة ونصف بدل الكتابة فليتأمل (قوله لان الاختلاف) أقول يعنى بين أبى حنيفة وصاحبيه (قوله وغيرها الخ) أقول معطوف على قوله وفى الخيارات وقوله وفى الخيارات معطوف على قوله فى الرجوع (قوله يعنى الولاء وترديد الاستسعاء) أقول فيه أن ترديد الاستسعاء غير خارج عن الخيارات الثلاث كترديد العتق قال المصنف (واذا كان العبدان رجلين) أقول ليست المسئلة من كتابة العبد المشترك وانما ذكرها استطرادا

تأخير باب أحكام هذه الأشياء ظاهر التناسب لان هذه الأشياء متأخرة عن عقد الكتابة قال (واذا عجز المكاتب عن نجم) النجم هو الطالع ثم سمي به الوقت المضروب ثم سمي به ما يؤدي فيه من الوظيفة وان عجز المكاتب عن نجم (نظر الحاكم في حاله فان كان له دين يقبضه أو مال غائب يقدم عليه لم يجز بتعجيله وانتظر عليه اليومين والثلاثة نظر اللجانين والثلاث هي المدة التي ضربت لابلاء الاعذار كالمهال الخصم للدفع) فان المدعى عليه اذا توجه الحكم عليه فادعى الدفع وقال لي بينة حاضرة أنه يؤخر يوما ويومين وثلاثة لا يزداد عليه وجعلوا هذا التقدير من باب التعجيل دون التأخير والاصل فيه قصة موسى مع الخضر عليهما السلام حيث قال في الكرة الثالثة هذا فراق بيني وبينك وكذلك قد در صاحب الشرع مدة الخيار ثلاثة أيام (والمديون) بالجر معطوف على كامهال يعني اذا ثبت على رجل مال فقال المدعى عليه أمهلني يوما أو ثلاثة أيام فانه مهل ولا يزداد عليه (فان لم يكن له وجه وطلب المولى تعجيله وعجزه وفسخ الكتابة عند أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف لا يعجزه حتى يتوالى عليه نجمان لقول على (٢٧١) رضى الله عنه اذا توالى على المكاتب

نجمان رد في الرق علقه بهذا الشرط) فلا يوجد دونه ولقائل أن يقول هذا استدلال بمفهوم الشرط وهو ليس بناهض لانه يقيد الوجود فقط والجواب ما أشار اليه غير الاسلام انه معلق بشرطين والمعلق بشرطين لا ينزل عند أحدهما كما لو قال ان دخلت هذين الدارين فانت طالق (ولان عقد الكتابة عقد ارفاق) مبناه على المسامحة (حتى كان أحسنه مؤجلا وحالة الوجوب بعد حلول نجم) فلا ارفاق في الطاب عنده (فلا بد من مهال مدة ارفاقا وأولى المدة لذلك ما توافق عليه العاقدان) فان مضى النجم الثاني ولم يؤد المال تحقق العجز عن

قال (واذا عجز المكاتب عن نجم نظر الحاكم في حاله فان كان له دين يقبضه أو مال يقدم عليه لم يجز بتعجيله وانتظر عليه اليومين أو الثلاثة) نظر اللجانين والثلاث هي المدة التي ضربت لابلاء الاعذار كالمهال الخصم للدفع والمديون للقاء فلا يزداد عليه (فان لم يكن له وجه وطلب المولى تعجيله وعجزه وفسخ الكتابة وهذا عند أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف لا يعجزه حتى يتوالى عليه نجمان) لقول على رضى الله عنه اذا توالى على المكاتب نجمان رد في الرق علقه به هذا الشرط ولانه عقد ارفاق حتى كان أحسنه مؤجلا وحالة الوجوب بعد حلول نجم فلا بد من مهال مدة استيسار أو أولى المدد ما توافق عليه العاقدان ولهما أن سبب الفسخ قد تحقق وهو العجز لان من عجز عن أداء نجم واحد يكون أعجز عن أداء نجمين وهذا الان مقصود المولى الوصول الى المال عند حلول نجمهم وقد فات فيفسخ اذا لم يكن راضيا بدونه بخلاف اليومين والثلاثة لانه لا بد منها الامكان الاداء فلم يكن تأخيرا

تأخير باب أحكام هذه الأشياء ظاهر التناسب لان هذه الأشياء متأخرة عن عقد الكتابة فكذا بيان أحكامها (قوله والثلاث هي المدة التي ضربت لابلاء الاعذار كالمهال الخصم للدفع والمديون للقضاء) قال صاحب العناية والمديون بالجر معطف على كامهال (أقول) هذا بحسب ظاهره غير صحيح قطعاً لاشك أن المديون معطوف على الخصم والمعهني وكلمهال المديون لاجل القضاء (قوله ولهما أن سبب الفسخ قد تحقق وهو العجز لان من عجز عن أداء نجم واحد يكون أعجز عن أداء نجمين) أقول فيه شئ وهو أن دليلهما هذا لا يمتشي في صورة أن عجز عن أداء آخر النجوم التي توافقت عليه بعد أن أدى سائر النجوم بأسرها اذا لا يلزمه حينئذ سوى أداء نجم واحد حتى يجمع عليه نجمان عند أمهاله مدة نجم فيكون أعجز عن أدائهما بل يكون عليه حينئذ أن يؤدي نجماً واحداً في ضعف مدته ولا ريب انه أسره كما قال أبو يوسف رحمه الله وقال بعض الفضلاء فيه تأمل فانه اذا كان له دين يقبضه أو مال يقدم عليه لا تسلم هذه الشرطية انتهى (أقول) ان قوله هذه الشرطية ليس بسديد اذا نظر ان من في قوله من عجز عن أداء نجم واحد موصولة وان قوله يكون أعجز عن أداء نجمين خبران في قوله لان فلا شرط ولا جزاء في الكلام حتى

أدائها فيفسخ لوجود مدة التأجيل التي اتفق عليها العاقدان (ولهما أن سبب الفسخ) وهو العجز (قد تحقق لان من عجز عن أداء نجم واحد كان عن أداء نجمين أعجز وهذا) أي كون العجز سبباً للفسخ (لان مقصود المولى الوصول الى المال عند حلول نجمهم وقد فات فيفسخ اذا لم يكن راضيا بدونه) والضمير في يفسخ يجوز أن يكون للمولى أي فيفسخ المولى الكتابة اذا لم يكن راضيا وأن يكون للقاضي أي فيفسخ القاضي اذا لم يكن المولى راضيا بدون ذلك النجم على اختلاف الروايتين فان المكاتب اذا عجز عن أداء بدل الكتابة ولم يرض بالفسخ فهل يستبد المولى به أو يحتاج الى قضاء القاضي فيه روايتان (بخلاف اليومين والثلاثة لانه لا بد منها الامكان الاداء فلم يكن تأخيرا)

(قوله والمديون بالجر معطف على قوله كامهال) أقول فيه مسامحة لظهور انه معطوف على الخصم (قوله يعني اذا ثبت) أقول يعني باقرار المدعى عليه (قوله وقال أبو يوسف لا يعجزه الخ) أقول سواء كان له وجه أم لا على ما يفهم من دليله قال المصنف (لان من عجز عن أداء نجم واحد يكون أعجز عن أداء نجمين) أقول فيه تأمل فانه اذا كان له دين يقبضه أو مال يقدم عليه لا تسلم هذه الشرطية

(قوله والا^١ نار متعارضة) جواب عن استدلاله بأثر على رضى الله عنه وبين ذلك انه روى عن ابن عمر ان مكاتبة له عجزت عن نجم
فردها فسقط الاحتجاج بها لان الا^٢ نار اذا تعارضت وجهل التاريخ تساقطت وبصار الى ما بعدهما من الحجة فيبقى ما قالاه من الدليل
بان سبب الفسخ قد تحقق الخ سماعا عن المعارض لان دليل أبي يوسف حكاية لا تعارض المعقول فيثبت الفسخ به قال (فان أخل
بنجم عند غير السلطان) المراد بالاخلال ههنا ترك أداء وظيفة بدل الكتابة في الوقت الذي انتفع فاعلى تعيينه في أدائها اذا أخل
بها ذا التعيين بنجم عند غير السلطان أى القاضى (فجـ زفرده مولاه برضاه كان جائزا لان الكتابة تفسخ بالتراضى من غير عذر
في العذر أولى وان لم يرض به العبد (٢٧٣) لابد من القضاء بالفسخ لانه عقد لازم) من جانب المولى لا يقدر على الابطال بانفراده

والا^١ نار متعارضة فان المروى عن ابن عمر رضى الله عنهما ان مكاتبة له عجزت عن أداء نجم واحد فردها
فسقط الاحتجاج بها قال (فان أخل بنجم عند غير السلطان فعجز فردمه مولاه برضاه فهو جائز) لان
الكتابة تفسخ بالتراضى من غير عذر فبالعذر أولى (ولو لم يرض به العبد لابد من القضاء بالفسخ) لانه
عقد لازم تام فلا بد من القضاء أو الرضا كالردي بالعيب بعد القبض قال (واذا عجز المكاتب عاد الى
أحكام الرق) لانفساخ الكتابة (وما كان في يده من الاكساب فهو مولاه) لانه ظهر أنه كسب عبده
وهذا لانه كان موقوفا عليه أو على مولاه وقد زال التوقف قال (فان مات المكاتب وله مال لم تنفسخ
الكتابة وقضى ما عليه من ماله وحكم بعقده في آخر جزئه من أجزائه حياته وما بقى فهو ميراث لورثته
ويعتق أولاده) وهذا قول على وابن مسعود رضى الله عنهما وبه أخذ علماءنا رحمهم الله وقال الشافعى
رجحه الله تبطل الكتابة ويموت عبدا وما تركه مولاه وامامه في ذلك زيد بن ثابت رضى الله عنه

تكون الحجة شرطية (قوله والا^٢ نار متعارضة فان المروى عن ابن عمر رضى الله عنهما ان مكاتبة له عجزت
عن أداء نجم واحد فردها فسقط الاحتجاج بها) هذا جواب عن استدلال أبي يوسف بأثر على رضى الله
عنه بان الاثر المروى عن ابن عمر رضى الله عنهما على ما ذكر في الكتاب يعارضه فسقط الاحتجاج بها أى
بالا^١ نار للتعارض لان الا^٢ نار اذا تعارضت وجهل التاريخ سقطت فيصالح الى ما بعدهما من الحجة فيبقى
ما قالاه من الدليل بان سبب الفسخ قد تحقق الخ سماعا عن المعارض فيثبت الفسخ به كذا في عامة الشروح
(أقول) هنا إشكال لان ما قالاه من الدليل المعقول راجع الى القياس على مقتضى ما صرحوا به في كتب
الاصول عند بيان انحصار الأدلة الشرعية في الاربعة من أن الاستدلال بالمعقول راجع الى القياس
وقد صرح به صاحب غاية البيان ههنا أيضا حيث قال ان الا^٢ نار متعارضة والتاريخ مجهول فيصالح
الى ما بعدهما من الدليل وهو القياس انتهى وقد تقررت في الاصول أيضا ان القياس لا يجري في المقادير
وما نحن فيه من قبيل المقادير كما أفصح عنه كثير من الشراح حيث قالوا وما روينا من حديث ابن
عمر كالمروى عن النبي عليه الصلاة والسلام لان ما يقوله الصحابي من المقادير يحمل على السماع لانه
لا يدركه القياس انتهى فاذا تعارضت الا^٢ نار فيما نحن فيه وتساقطت كما قالوا ولم يصح القياس في
المقادير كما تقررت في الاصول والفروع فكيف ينتهض ما قالاه من الدليل المعقول الذى مرجعه الى
القياس حجة له ما في اثبات ما ذهب اليه في جواب هذه المسئلة فليستأمل (قوله وقال الشافعى
تبطل الكتابة ويموت عبدا وما تركه مولاه وامامه في ذلك زيد بن ثابت رضى الله تعالى عنه)

(نام) ليس فيه خيار
شرط وكل ما كان كذلك
(ففسخه يحتاج الى الرضا
أو القضاء كالردي بالعيب بعد
القبض) وقد تقدم ان فيه
رواية أخرى أن الفسخ
يصح بلا قضاء وجهه ان
هذا عيب يمكن في أحد
العوضين قبل تمام العقد
لان تمام الكتابة بالاداء
وتمام العقد قد بوقوع
الفراغ عن استيفاء أحكامه
فتشبه بهذا الوجه بما لو
وجد المشتري معيبا قبل
القبض وهذا يتفرد
المشتري بالفسخ بلا قضاء
فكذلك ههنا قال (واذا
عجز المكاتب عاد الى أحكام
الرق لانفساخ الكتابة
وما كان في يده من
الاكساب فهو مولاه لانه
ظهر أنه كسب عبده)
وكسب العبد مولاه (وانما
قال ظهر لان كسبه كان
موقوفا عليه أو على
مولاه) لانه ان أدى بدل

الكتابة فهو له والا فهو له (وقد زال التوقف) قال (فان مات المكاتب وله مال لم تنفسخ الكتابة وقضى
ما عليه من ماله وحكم بعقده في آخر جزئه من أجزائه حياته وما فضل فهو ميراث لورثته ويعتق أولاده) المولودون والمشترون في حال
الكتابة وهو قول على وابن مسعود رضى الله عنهما (وبه أخذ علماءنا رحمهم الله وقال الشافعى رجحه الله تبطل الكتابة ويموت عبدا وما
تركه لمولاه وهو قول زيد بن ثابت رضى الله عنه)

(قوله لان دليل أبي يوسف) أقول يعنى دليله المعقول (قوله وتتمام العقد بوقوع الفراغ عن استيفاء أحكامه) أقول ومن جملة
أحكامه الحرية رتبة عند الاداء

واستدل لذلك بالمعقول بأن المقصود من الكتابة عتقه وعتقه باطل فالمقصود منها كذلك وذلك لان العتق ان ثبت فاما ان يثبت بعد المات مقصودا أو قبله أو بعده مستقندا الى حال حياته لا سبيل الى الاول لان الميت ليس بعمل للعتق ولا بدله من محل ولا الى الثاني لانه مشروط بالاداء والفرض عدمه فلازم وجود المشروط بدون شرطه ولا الى الثالث لان الشيء يثبت في الحال ثم يستند وهذا الشيء لم يثبت بعد ولنا انه عقد معاوضة ولا يبطل بموت أحد المتعاقدين وهو المولى فكذا بموت الآخر والجامع بينهما الحاجة الى ابقاء العقد لأحياء الحق وعليك باستحضار القواعد الأصلية لاستخراج ما يحتاج اليه القياس من بيان أصل منصوص عليه وفرع هو نظيره ولا نص فيه وبيان أن هذا النص في الحال معلول وبيان ما عيى هذا الوصف عن غيره وبيان صلاحه بعلامته للعلل المنقولة عن رسول الله صلى الله عليه وسلم وعن السلف وعدالته بظهور أثره في جنس الحكم المعلق به وغير ذلك (٢٧٣) من شروط القياس فان تعذر

ذلك فارجع الى الاصول الجديدة بادعاء إضافة الحكم الى المشترك وسد طريق ما يرد من رده وادعاء الإضافة الى المختص في هذا الموضوع وأمثلة فان يسر الله عليك ذلك بفيض من عنده بعد الجشوع على الركب بحضرة المحققين فذلك التور العظيم قدسره والا فابالك ودعوى معرفة الهداية فتكون من الجهة الذي ظهر عنده دوى التحصيل عذره وألحق بالآخرين أعمال الذين ضل سعيهم في الحياة الدنيا وهم يحسبون أنهم يحسنون صنعا (قوله بل أولى) يجوز أن يكون جوابا عما يقال ليس موت المكاتب موت العاقل لان العقد يبطل بموت المعقود وعليه وهو المكاتب دون العاقل

ولان المقصود من الكتابة عتقه وقد تعذر اثباته فتبطل وهذا لانه لا يتخلو اما أن يثبت بعد المات مقصودا أو يثبت قبله أو بعده مستقندا لا وجه الى الاول لعدم المحلولة ولا الى الثاني لفقد الشرط وهو الاداء ولا الى الثالث لتعذر الثبوت في الحال والشيء يثبت ثم يستند ولنا انه عقد معاوضة ولا يبطل بموت أحد المتعاقدين وهو المولى فكذا بموت الآخر والجامع بينهما الحاجة الى ابقاء العقد لأحياء الحق بل أولى لان حقه أكد من حق المولى حتى لم العقد في جانبه والموت أننى للمالكية منه للمالكية

ولان المقصود من الكتابة عتقه وقد تعذر اثباته فتبطل قال صاحب العناية في شرح هذا المحل وقال الشافعي تبطل الكتابة بموت عبدا أو ماتر كه فلولاه وهو قول زيد بن ثابت رضي الله عنه واستدل لذلك بالمعقول بأن المقصود من الكتابة عتقه وعتقه باطل والمقصود منها كذلك انتهى ورد عليه بعض الفضلاء بأن قوله واستدل لذلك بالمعقول الخ لا يطابق المشر وح دلالاته على انه استدلال بأثر زيد وبالمعقول حيث قال المصنف ولان المقصود بالواو العاطفة انتهى (أقول) بل هو مطابق للمشروح فان الواو في قوله واستدل للعطف أيضا والمعطوف عليه معنى قوله وهو قول زيد بن ثابت رضي الله عنه كأنه قال أخذ بقول زيد بن ثابت واستدل بادعاء بالمعقول أيضا كما أن قول المصنف ولان المقصود بالكتابة عطف على معنى قوله وأما ما في ذلك زيد بن ثابت رضي الله عنه كأنه قال لاثر زيد بن ثابت ولان المقصود بالكتابة الخ والعطف بحسب المعنى شائع في كلام الثقات وقد صرح بجواز ذلك كثير من المحققين في مواضع شتى من كتب البلاغة فتطابق الشرح والمشروح في حاصل المعنى كما ترى ثم ان ذلك البعض قال والموافق لاشر وح فتبطل الكتابة لان العقود انما شرعت لأحكامها فبطلان الحكم يلزمه بطلان العقد انتهى (أقول) هذا كلام خال عن التحصيل لانه كان مدار رده على صاحب العناية بعدم مطابقة شرحه للمشروح على تحققي الواو العاطفة في المشروح وعدم تحققه في الشرح على زعمه ولم يتحقق ذلك فيما ذكره نفسه قط فانه قال لان العقود الخ بدون الواو العاطفة فاما معنى عدم مطابقة ذلك للمشروح وموافقة هذا الأية وأيضا ان القاف في قوله فتبطل الكتابة مما لا محالة في المشروح كما لا يخفى على الفطن النانق في عبارة المشروح (قوله بل أولى لان حقه أكد من حق المولى) قال صاحب العناية قوله بل أولى يجوز أن يكون جوابا عما يقال ليس موت المكاتب موت العاقل لان العقد

(٣٥ - تكملة سابع) ووجه ذلك أن الموجب لبقاء العقد بعد موت العاقل ههنا إنما هو الحاجة والحاجة الى ذلك بعد موت المكاتب أدعى من حيث المقتضى والمانع أما المقتضى (لأن حقه أكد من حق المولى حتى لم العقد في جانبه) وأما المانع فلان (الموت أننى للمالكية منه للمالكية) فان المملوكية ضعف والموت لا يتأفيه لكونه عجزا صر فاحقيقا وفي المالكية ضرب قوة والموت يتأفها

(قوله واستدل لذلك بالمعقول بأن المقصود من الكتابة عتقه وعتقه باطل فالمقصود منها كذلك) أقول لا يطابق المشروح لدلالاته على أنه استدلال بأثر زيد وبالمعقول حيث قال المصنف ولان المقصود بالواو العاطفة والموافق لاشر وح فتبطل الكتابة لان العقود انما شرعت لأحكامها فبطلان الحكم يلزمه بطلان العقد (قوله وهذا الشيء لم يثبت بعد) أقول بل هو معتذر بالثبوت في الحال على ما علمته (قوله يجوز أن يكون جوابا عما يقال ليس موت المكاتب موت العاقل) أقول هذا لا يتخلو عن بعد بقوله لا يبطل بموت أحد المتعاقدين فكذا بموت الآخر فإنه صريح في عدم كون المكاتب معقودا عليه الأهم الآن يحمل على الكلام التنزلي (قوله والحاجة الى ذلك بعدم موت المكاتب أدعى) أقول الى في قوله الى ذلك متعلق بقوله أدعى وأشار بقوله ذلك الى القيام والمعنى والحاجة الى البقاء أدعى الخ

(فينزل حياته تقدير) كما أنزلنا الميت حيا في حق بقاء التركة على حكم ملكه فيما إذا كان على الميت دين مستغرق عليه وفي حق التجهيز والتكفين وتنفيذ الوصايا في الثلث (أو تستند الحرية باستناد سبب الاداء وهو عقد الكتابة الى ما قبل الموت) فان قيل يلزم تقدم المشروط على الشرط أجاب المصنف بقوله (ويكون أداء خلفه كآدائه) فلا يلزم ذلك ولا يتوهم أن العتق يتقدم على الاداء بل بقدر الاداء قبل العتق ولم يتعرض بأن المكاتب ليس بمعقود عليه لما تقدم أن المعقود عليه هو سلامة مال الكية اليد (٣٧٤)

قال المصنف (أو تستند الحرية باستناد سبب الاداء الى ما قبل الموت) أقول فان قيل من أين يخرج الجواب عن قول الشافعي الشيء ثبت ثم يستند قلنا الاداء ثابت في الحال فان أداء خلفه كآدائه فيستند الى ما قبل الموت وثبتت الحرية ليس بطريق الاستناد فهذا جواب باختيار الشق الثاني من الترديد وضافة السبب الى الاداء ببيان أو نقول المراد من استناد سبب الاداء استناد سببية عقد الكتابة لانفسه اذ هو موجود قبله لكنه ليس بسبب فان التعليقات ليست أسما بآعندنا في الحال بل عند وجود الشرط فاذن أسند الاداء الى ما قبل الموت فتأمل مر اجعنا الى شرح الاتفاق ثم اعلم أن الاستناد أن ثبت الحكم في الزمان المتأخر ويرجع الفهري حتى يحكم بنبوته في الزمان المتقدم كدافي التوضيح في فصل المأمور به فوعان (قوله أو تستند الحرية باستناد سبب الاداء

فينزل حياته تقدير أو تستند الحرية باستناد سبب الاداء الى ما قبل الموت ويكون أداء خلفه كآدائه وكل ذلك يمكن على ما عرف تمامه في الخلافات

يبطل بموت المعقود عليه وهو المكاتب دون العاقد ووجه ذلك أن الموجب لبقاء العقد بعدموت العاقد ههنا انما هو الحاجة والحاجة الى ذلك بعدموت المكاتب أدعى من حيث المقضي والمانع الخ (أقول) لا يذهب على ذي فطرة سليمة أن قول المصنف هذا انما هو لمجرد المبالغة في تحقيق الجامع المذكور في جانب المقيس وهو موت المكاتب من المتعاقدين ولا وجه لتجوز كونه جوابا عما يقال من طرف الخصم ليس موت المكاتب كوت العاقد لان العقد يبطل بموت المعقود عليه وهو المكاتب دون العاقد لان الجواب عنه انما يتصور بمنع كون المكاتب نفسه معقودا عليه وبيان المعقود عليه انما هو سلامة مال الكية البدل كما صرحوا به والمصنف لم يتعرض في كلامه هذا لمنع ذلك قط ولا لبيان ان المعقود عليه ما ذاقه لا مجال لان يكون كلامه هذا جوابا عن ذلك السؤال لان بطلان العقد به سلاكة المعقود عليه أمر مجمع عليه لا يحتمل جوازه بكون الحاجة أدعى الى ابقائه بعد ان هلك المعقود عليه فلا تنفيذ المقدمات المذكورة ههنا شأني دفع ذلك السؤال أصلا ثم ان بعض الفضلاء قدح فيما جوزه صاحب العناية من كون كلام المصنف هذا جوابا عما ذكر بوجه آخر حيث قال لا يتخلو عن بعد بقوله لا يبطل بموت أحد المتعاقدين فكذلك بموت الآخر فانه صريح في عدم كون المكاتب معقودا عليه اللهم الا أن يحمل على الكلام التنزلي انتهى (أقول) ليس هذا بنام لان كون قوله لا يبطل بموت أحد المتعاقدين فكذلك بموت الآخر صريحا في عدم كون المكاتب معقودا عليه ممنوع لاحتمال أن يكون المكاتب مع كونه أحد المتعاقدين معقودا عليه أيضا لوقوع العقد على نفسه ألا يرى الى قولهم في تصوير مسئلة كتابة العبد عن نفسه وعن عبدا آخر لولا غائب بأن يقول العبد كاتفي بألف درهم على نفسي وعلى فلان الغائب ولئن سلم كونه صريحا في ذلك فعدم كون المكاتب معقودا عليه عندنا لا يستدعي عدم كونه كذلك عند الخصم أيضا والسؤال المذكور انما يتوجه من قبل الخصم فلو قصد المصنف بقوله بل أولى الجواب عنه لم يكن منافيا لقوله السابق بل يكون مقررا له فلا احتياج الى التنزيل بل لا معنى له يظهر ذلك كله بالتأمل الصادق (قوله فينزل حياته تقدير أو تستند الحرية باستناد سبب الاداء الى ما قبل الموت ويكون أداء خلفه كآدائه) هذا اشارة الى الجواب عما ذكره الخصم من الترديد بوجهين ذهب الى كل واحد منهما جماعة من أعمامنا أحدهما انه يعتق بعد الموت بأن ينزل حياته تقدير كما أنزلنا الميت حيا في حق بقاء التركة على ملكه فيما إذا كان عليه دين مستغرق وفي حق التجهيز والتكفين وتنفيذ الوصايا في الثلث وكما قدرنا المولى حيا وما لا كرامة متقا في نزل موت المولى وثانيه ما أنه يعتق في آخر جزء من أجزاء حياته بأن تستند الحرية باستناد سبب الاداء الى ما قبل الموت ويجعل أداء خلفه كآدائه بنفسه هذا زينة ما في شروح هذا الكتاب وغيرها في هذا المقام * ثم أدول من الهائب ههنا أن صاحب الاصلاح والايضاح بدل كلمة أو في أو تستند الحرية بكلمة الواو فقال في شرحه في اثنائه تقرير تعليل

وهو عقد الكتابة الى ما قبل الموت) أقول ثبت عقد الكتابة قبل الموت ليس بطريق الاستناد وهو ظاهر أئمتنا والحق أن تجعل اضافة السبب الى الاداء ببيان وقوله ويكون أداء خلفه الخ دفعا لما يقال انه لم يوجد من المكاتب الاداء بعد الممات (قوله ولم يتعرض بأن المكاتب ليس بمعقود عليه) أقول ولعله انما لم يتعرض له لان سلامة مال الكية اليد فانت بنبوته اذ لا مال كية لميت فلا فائدة في التعرض أو جعله باقيا حكما مشتركا كما لا يخفى والجواب أنها حصلت بالعقد والتفصيل في النهاية

قال (وان لم يترك وفاء وترك ولد المولود في الكتابة سعى في كتابة أبيه على نجومه ان كان مفسدا بالاتفاق لدخوله في كتابته فكان كسبه ككسبه فخلفه في الاداء كما لو ترك وفاء وأما الولد المشتري فكالمولود في الكتابة عندهما وقال أبو حنيفة رحمه الله قبل له اما أن تؤدي الكتابة حالة أو ترد رقيقا هما اعتبارا بالمولود (٣٧٥) بجماع أنه يكاتب عليه تبعاله ولهذا

ملك المولى اعتاقه كالمولود فيه بخلاف الاكساب فان المولى لا تصرف له في أكسابه ولهذا لا يقدر على اعتاق عبد المكاتب وأبو حنيفة رحمه الله فرق بين الفصلين على ما ذكره في الكتاب فان اشترى المكاتب ابنه ثم مات وترك وفاء ورثه ابنه دخل في كتابته فلما أدى بدل الكتابة عتق المكاتب في آخر جزء من أجزاء حياته بطريق الاستناد ولما حكم بجهريته في ذلك الوقت حكم بجهريته ابنه أيضا في ذلك الوقت لأنه تبع لآبائه في الكتابة فيكون ذلك تورث حر عن حر وكذلك ان كوتب الاب والابن كتابة واحدة ومات الاب وترك وفاء ورثه ابنه لان الولد اما أن يكون صغيرا أو كبيرا فان كان صغيرا فهو تبع لآبائه وان كان كبيرا جعل كمن شخص واحد لا اتحاد عقد الكتابة فيما فالحكم بجهريته الاب حكم بجهريته في تلك الحالة يعني آخر جزء من أجزاء حياته على ما مر من استناد الحرية باستناد سبب الاداء الى ما قبل الموت قال (وان مات المكاتب وله ولد من حره الخ)

قال (وان لم يترك وفاء وترك ولد المولود في الكتابة سعى في كتابة أبيه على نجومه فاذا أدى حكمنا به عتق أبيه قبل موته وعتق الولد) لان الولد اخل في كتابته وكسبه ككسبه فخلفه في الاداء وصار كما اذا ترك وفاء (وان ترك ولدا مشترى في الكتابة قبل له اما أن تؤدي الكتابة حالة أو ترد رقيقا) وهذا عند أبي حنيفة وأما عندهما يؤديه الى أجله اعتبارا بالولد المولود في الكتابة والجامع أنه يكاتب عليه تبعاله ولهذا اعلم المولى اعتاقه بخلاف سائر أكسابه ولا يبي حنيفة وهو الفرق بين الفصلين أن الاجل ثبت شرطاً في العقد فيثبت في حق من دخل تحت العقد والمشتري لم يدخل لانه لم يصف اليه العقد ولا يسرى حكمه اليه لان انفصاله بخلاف المولود في الكتابة لانه متصل وقت الكتابة فيسرى الحكم اليه وحيث دخل في حكمه سعى في نجومه (فان اشترى ابنه ثم مات وترك وفاء ورثه ابنه) لانه لما حكم بجهريته في آخر جزء من أجزاء حياته يحكم بجهريته ابنه في ذلك الوقت لانه تبع لآبائه في الكتابة فيكون هذا حرارث عن حر (وكذلك ان كان هو وابنه مكاتبين كتابة واحدة) لان الولدان كان صغيرا فهو تبع لآبائه وان كان كبيرا جعل كمن شخص واحد فاذا حكم بجهريته الاب يحكم بجهريته في تلك الحالة على ما مر قال (وان مات المكاتب وله ولد من حره وترك ديناً وفاء بكتابتة فجنى الولد فقتضى به على عاقلة الام لم يكن ذلك قضاء بجهريته المكاتب)

أعنتني هذه المسئلة فيزل حياته نقد راوتستند الحرية باستناد سبب الاداء الى ما قبل الموت وقال في حاشيته على قوله وتستند الحرية هذا من تمام التعليل فن قال أو تستند فقد أخطأ انتهى وفسر القائل في حاشية صغري بصاحب الهداية ولا يخفى على الناظر في شروح الهداية وغيرهما من الكتب المبسوطة أن الخطأ هو هذا الخطأ فان المقصود من كلمة أو هو الاشارة الى المسلكين المختلفين المستقلين في اثبات قول أعنتني مسئلتنا هذه فعق التعبير أن تذكر كلمة أو دون كلمة الواو ولعل منشأ غلط ذلك الخطأ الخطأ انه زعم أن قول صاحب الهداية أو تستند الحرية الخ معطوف على أول التعليل وهو قوله ولنا أنه عقد معارضة لخطأه بانه من تمام التعليل المذكور فكيف يعطف عليه بكلمة أو ولا ريب أنه معطوف على قوله فيزل حياته نقداً واو أنه لا محذور في تمام التعليل بأحد الأمرين بل فيه تربية الفائدة بتوسيع الدائرة (قوله ولا يسرى حكمه اليه لان انفصاله) قال بعض الفضلاء فيه بحث انتهى (أقول) الظاهر أن مراده بالبحث أنه لو لم يسر حكم عقد الكتابة اليه لما دخل في كتابة أبيه وقد مر في أول فصل من باب ما يجوز للمكاتب أن يفعله أنه اذا اشترى المكاتب أباه أو ابنه دخل في كتابته وأيضاً لو لم يسر حكمه اليه لما عتق عنده بأداء بدل الكتابة حالاً لكنه ساقط بوجهيه أما سقوط وجهه الاول فسلان دخول الولد المشتري في كتابة أبيه ليس اسراية حكم عقد الكتابة الذي جرى بين المكاتب ومولاه اليه بل يجعل المكاتب مكاتباً للولد باشتراؤه اياه تحقيقاً لصلته بقدر الامكان كما ان الحر اذا اشترى ولده يصير معتقاً له بالاشتراء وأما سقوط وجهه الثاني فلان عتق الولد المشتري عنده بأداء بدل الكتابة حالاً ليس لاجل السراية أيضاً بل لصيرورة المكاتب اذا ذلك بمنزلة من مات عن وفاء وقد أفصح عنه صاحب الكافي حيث قال وكان ينبغي أن يباع بعد موته لفوات المتبوع ولكن اذا جعل صار كأنه مات عن وفاء انتهى فتبصر (قوله وان مات المكاتب وله ولد من حره الخ) قال صاحب العناية

مات المكاتب وله ولد من حره الخ

قال المصنف (ولا يسرى حكمه اليه) أقول فيه بحث

ذكر هذه المسئلة والتي بعدها البيان الفرق بينهما صورتهما كتاب مات وله ولد حر من امرأه حره وترك ديناً على الناس وفاء بكتابته
فالكفاية باقية وولادها لوالدها الى الام اما بقائه الكتابة فلما له من المال المنتظر لان الدين باعتبار ما له مال ولكن لا يحكم بعقده حتى
يؤدى البذل وانما قصد بالدين لانه لو ترك عينا لم يأت القضاة بالالحاق بالام لا مكان الوفاء في الحال واما ان الولاد ملوا الى الام فلانه لم يلم
يحكم بعقده لم يظهر للولد ولاد في جانب أبيه فان جنى هذا الولد جناية وقضى به أي بموجب الجناية على عاقلة الام لم يكن ذلك قضاء بهجر
المكاتب وفسخ الكتابة لان هذا القضاء يقرر حكم الكتابة وكل ما يقرر رشيلاً لا يبطله أما أنه يقرر حكم الكتابة فلان الكتابة تستلزم
الحاق الولد بموالي الام واجاب العقل عليهم على وجه يحتمل أن يعتق المكاتب فيجوز ولا يثبت له الى مواليه لان الولاد كالنسب والنسب
انما يثبت من قوم الام عند تعذر اثباته من الاب حتى لو ارتفع المانع من اثباته منه كما اذا كذب الملا عن نفسه عاد النسب اليه فكذلك
الولاد في مكان ايجاب العقل من لوازمها وثبوت اللازم يقرر ثبوت ملازمه واما أن كل ما يقرر رشيلاً لا يبطله فلا يعود على موضوعه بالنقض
(قوله وان اختصم موالي الام الخ) (٣٧٦) هو المسئلة الثانية وصورتهما مات هذا الولد بعد الاب واختصم موالي الاب وموالي الام

فقال موالي الام مات رقبة
والولاد ملوا وقال موالي الاب
مات حر والولاد لنا ففضي
بولائه لموالي الام فهو قضاء
بالعجز وفسخ الكتابة لان
هذا الاختلاف اختلاف
في الولاة مقصودا وهو واضح
وذلك ينبنى على بقاء الكتابة
وانتقاضها فانها اذا فسخت
مات عبد واستقر الولاد على
موالي الام واذا بقيت واتصل
بها الاداء مات حراً وانتقل
الولاد الى موالي الاب وهذا
أي بقاء الكتابة وانتقاضها
فصل مجتهد فيه كما مر فينفذ
ما يلاقيه من القضاء واذا
كان القضاء بالولاد نافذاً
انفسخ الكتابة لانتفاء
لازمها وهو احتمال جر الولاد
لما تقدم في المسئلة الاولى
ان ذلك جزء اللازم والشئ

لان هذا القضاء يقرر حكم الكتابة لان من قضيت الحاق الولد بموالي الام واجاب العقل عليهم لم يكن
على وجه يحتمل أن يعتق فيجوز الولاد الى موالي الاب والقضاء بما يقرر حكمه لا يكون تعجزاً (وان
اختصم موالي الام وموالي الاب في ولائه ففضي به لموالي الام فهو قضاء بالعجز) لان هذا اختلاف
في الولاة مقصودا وذلك ينبنى على بقاء الكتابة وانتقاضها فانها اذا فسخت مات عبد واستقر الولاد على
موالي الام واذا بقيت واتصل بها الاداء مات حراً وانتقل الولاد الى موالي الاب وهذا فصل مجتهد فيه فينفذ
ما يلاقيه من القضاء فلهذا كان تعجزاً

ذكر هذه المسئلة والتي بعدها البيان الفرق بينهما انتهى (أقول) هذا كلام لا حاصل له لان الفرق متحقق
بين كل مسئلتين والام تكونا مسئلتين بل صارتا مسئلة واحدة فكل مسئلتين اذا ذكرنا يعرف الفرق
بينهما ما توجه تخصيص عليه بيان الفرق بذكر هاتين المسئلتين فان قيل الفرق بين هاتين المسئلتين
خفي فكان بيانه أهم فيهما ولهذا خص عليه بذكرهما فلنا خفاء الفرق أيضاً متحقق في كثير من
المسئلتين كما لا يخفى فلم يتم وجه التخصيص وأيضاً لو كان ذكرهما المجرد بيان الفرق بينهما مالم يستفقت
واحدة منهما مالم ذكر منفردة عن الاخرى ولا شك أن كل واحدة منهما مسئلة مهمة بنفسها مقصودة
بالذكر والبيان على أن الفرق بين مفهوم هاتين المسئلتين ظاهر غني عن البيان وانما المحتاج الى
البيان هو الفرق بين علمتهما ما بيان الفرق بين علمتهما ما انما وقع في الهداية وهاتان المسئلتان أنفسهما
مذكورتان في البداية أيضاً بدون بيان الالة فلم يكن ذكرهما البيان الفرق بينهما مالم كان لبيان
حكمهما في أنفسهما وبفهم الفرق بينهما من حيث الحكم كما في سائر المسائل (قوله لان هذا
القضاء يقرر حكم الكتابة لان من قضيت الحاق الولد بموالي الام واجاب العقل عليهم على وجه يحتمل
أن يعتق فيجوز الولاد الى موالي الاب والقضاء بما يقرر حكمه لا يكون تعجزاً) قال صاحب العناية في حل
هذا المحل لان هذا القضاء يقرر حكم الكتابة وكل ما يقرر رشيلاً لا يبطله أما أنه يقرر حكم الكتابة فلان

ينبغي بانتفاء جزئيه قيل فسخ الكتابة مبني على نفوذ القضاء ولزومه وذلك لصيانة القضاء عن البطلان وفي
صيانته بطلان ما يجب رعايته وهو الكتابة رعاية لحق المكاتب وليس أحد البطالين أرحم وأجيب بأن صيانة القضاء أولى لانه
اذا لاقى فضلاً مجتهد فيه نفذ بالاجماع وصيانة ما هو مجمع عليه أولى من صيانة كتابة اختلفت الصحابة في نفاذها

(قوله ذكر هذه المسئلة والتي بعدها) أقول وهي قوله وان اختصم موالي الام (قوله لانه لو ترك عينا لم يأت القضاة) أقول أي على مذهبا
(قوله مات رقبة الى قوله مات حراً والولاد لنا ففضي بولائه) أقول الضمير المستتر في مات رقبة والمستتر في مات حراً ارجاعا الى الاب والضمير
في قوله بولائه راجع الى الولد قال المصنف (لان هذا الاختلاف في الولاة مقصود الخ) أقول لا يخفى عليك أن مقصود كل واحد من تينك
الطائفتين قرار الولاد عليه فاخصامهم بالحقيقة فيه فلا يراد أن يقال يتصور الولاد ملوا الى الام على تقدير بقاء الكتابة قبل اتصال الاداء فلا
يستقيم قوله وذلك ينبنى (قوله لانتفاء لازمها وهو احتمال الخ) أقول ههنا مسأحة حيث لا يطابق تعليقه للعلل ظاهراً فانه جعل احتمال
جر الولاد لازماً في المدعى وجزء اللازم في الدليل وتوجيهه غير خفي كما لا يخفى (قوله رعاية لحق المكاتب) أقول ناظر الى قوله ما يجب رعايته

قال (وما أدى المكاتب من الصدقات الى مولاه الخ) اذا كان (٢٧٧) المكاتب أخذ من الزكوات شيئا وهجر

فاما أن هجر بعد أدائه الى المولى أو قبله فان كان الاول فهو طيب للمولى بالاجماع لان سبب الملك فيه قد تبدل لان العبد يملكه صدقة والمولى يملكه عوضا عن العتق وتبديل السبب كبديل العين أصل ذلك حديث بريرة رضى الله عنها فيما أهدت اليه صلى الله عليه وسلم وهي مكتوبة حيث قال صلى الله عليه وسلم هي لها صدقة ولنا هدية وهذا بخلاف ما اذا أباح الفقير ما أخذ من الزكاة لغنى أو هاشى فانه لا يطيب لهما لان المباح له يتناوله على ملك المبيع فلم يتبدل سبب الملك وتطيره المشتري شراء فاسدا اذا أباح لغيره لا يطيب له ولولم يملكه طاب له وان كان الثاني فكذلك الجواب على الصحيح وهذا عند محمد رحمه الله ظاهر لانه بالهجر يتبدل الملك فان عنده ان المكاتب اذا هجر ملك المولى أ كسابه ملكا مستندا ولهذا أوجب نفق الأجرة في المكاتب اذا أجر أمته ظنرا ثم هجر وكذا عند أبي يوسف رحمه الله وان كان بالهجر يتقرر ملك المولى عنده فان للمولى نوع ملك في أ كسابه وبالهجر يتأكد ذلك الحق ويصير

قال (وما أدى المكاتب من الصدقات الى مولاه ثم هجر فهو طيب للمولى لتبديل الملك) فان العبد يملكه صدقة والمولى عوضا عن العتق واليه وقعت الإشارة النبوية في حديث بريرة رضى الله عنها هي لها صدقة ولنا هدية وهذا بخلاف ما اذا أباح لغنى والهاشى لان المباح له يتناوله على ملك المبيع وتطيره المشتري شراء فاسدا اذا أباح لغيره لا يطيب له ولولم يملكه بطيب ولو هجر قبل الاداء الى المولى فكذلك الجواب وهذا عند محمد ظاهر لان بالهجر يتبدل الملك عنده وكذا عند أبي يوسف وان كان بالهجر يتقرر ملك المولى عنده

الكتابة تسننزم الحاق الولد على الام ويجاب العقل عليهم على وجه يحتمل أن يعتق المكاتب فيحجر ولا ابنه الى مواليه لان الولاء كالنسب والنسب انما يثبت من قوم الام عند تعذر اثباته من الاب حتى لو ارتفع المانع من اثباته منه كما اذا كذب المكاتب الملا عن نفسه عاد النسب اليه فكذلك الولاء فكان ايجاب العقل من لوازمها وثبوت اللازم يقرر بثبوت ملزمه وأما أن كل ما يقرر شيئا لا يبطله فثلا يعود على موضوعه بالنقض انتهى كلامه (أقول) في تقريره نوع اشكال على طريقة أهل المعقول فان قوله بثبوت اللازم يقرر بثبوت ملزمه ممنوع اذا لا يلزم من ثبوت اللازم ثبوت الملزم لجواز أن يكون اللازم أعسم من الملزم ولا شك أن تحقق العام لا يستلزم تحقق الخاص والظاهر فيما نحن فيه عموم اللازم لان ايجاب العقل على موالى الام يتحقق في صورة أن يقضى بهجر المكاتب كما يتحقق في صورة أن يبقى على كتابته فلا يتم التقريب * ثم أقول يمكن دفعه بأن اللازم ههنا ليس مطلقا ايجاب العقل على موالى الام بل ايجابه عليهم على وجه يحتمل أن يعتق المكاتب فيحجر ولا ابنه الى مواليه ويجابه عليهم على ذلك الوجه لازم مساو لصورة ابقاء الكتابة اذ في صورة القضاء بالهجر ينتفى هذا اللازم بانتفاء أثره وهو احتمال جبر الولاء كما صرح به في المسئلة الا تتبعه ولكن نبي ههنا نفي وهو ان المانع أن يمنع ثبوت هذا اللازم المقيد فيما نحن فيه لان ثبوته فيه يتوقف على أن لا يكون القضاء بموجب جنسية الولد على عاقلة الام قضاء بهجر المكاتب وهو أول المسئلة فلا يخالو التعليل المذكور عن نوع المصادر فتأمل (قوله وما أدى المكاتب من الصدقات الى مولاه ثم هجر فهو طيب للمولى لتبديل الملك) وتبدل الملك بمنزلة تبدل العين في الشريعة كذا في الكافي وعامة الشروح فان قيل ان ملك الرقبة كان للمولى فكيف يتحقق تبدل الملك قلنا ملك الرقبة للمولى كان مغلوبا في مقابلة ملك السيد للمكاتب حتى كان للمكاتب أن يمنع المولى عن التصرف في ملكه ولم يكن للمولى أن يمنع المكاتب عن التصرف في ملكه ثم بالهجر ينعكس الامر وليس هذا الا بتبديل الملك للمولى كذا قال جمهور الشراح واعترض صاحب العناية على هذا الجواب حيث قال بعدد كرا السؤال والجواب وفيه نظر لانا لان ملكه ان ذلك تبدل ولئن كان فلا نسلم ان منة بمنزلة تبدل العين اه وقصد الشارح العيني دفع ذلك فقال قلت أول كلامه منع مجرد والثاني دعوى بلا برهان اه (أقول) ليس هذا بشئ فان المنع المجرد والمنع مع السند كلاهما من أدب المناظرين غاية الامر أن الثاني أقوى من الاول فلا يفسد قوله أول كلامه منع مجرد وأما قوله والثاني دعوى بلا برهان ففساد اذ لا دعوى له في الثاني بل هو ايضا منع محض كما ترى فلا يلزمه البرهان والصواب في دفع ذلك أن يقال ان منع التبديل بمكارة اذ لا شك ان الانعكاس يقتضى التبديل بل هو عين التبديل وان منع كون مثل هذا التبديل بمنزلة تبدل العين ساقط لان كونه بمنزلة تبدل العين انما هو في حكم الشرع دون الحقيقة وكونه بمنزلة ذلك في حكم الشرع منصوص عليه من قبل أهل الشرع فلا مجال لمنعه ثم قال صاحب العناية وله ل الاول أن يقال للمولى لم يكن له ملك يد قبل الهجر وحصل به فكان تبديلا اه ورد عليه الشارح العيني بأنه ان لم يكن له ملك يد فله ملك رقبة (أقول)

المكاتب فيما مضى كالعبد المأذون ولهذا اذا أجر المكاتب أمته ظنرا ثم هجر لا يوجب فسخ الأجرة

لان الخبث ليس في نفس الصدقة والامانة فارقها أصلا وانما الخبث في فعل الاخذ لكونه اذلا لابه وذلك لا يجوز للغنى بلا حاجة ولا
 لهامشي لزيادة حرمة والاخذ لم يوجد من المولى فصار كالمسبل اذا وصل الى وطنه والفقير اذا استغنى وقد بقي في ايديهم ماما أخذ من
 الصدقة فانه يطيب لهما وعلى هذا اذا أعتق المكاتب واستغنى يطيب له ما بقي في يده من الصدقة وانما قيل على الصحيح لان بعض المشايخ
 قالوا على قول أبي يوسف رحمه الله لا يطيب لان المكاتب عنده لا يملك المولى كسابه ملكا مبتدأ بل كان له نوع ملك في كسابه وبالعجز
 يتأ كذلك كما ذكرنا آنفا وهما سؤال مشكل وهو أن ملك الرقبة كان للمولى فاني يتحقق تبديل الملك وأجيب بأن ملك الرقبة للمولى كان
 مغلوبا في مقابلة ملك اليد للمكاتب (٣٧٨) فان للمكاتب أن يمنع المولى عن التصرف في ملكه وليس للمولى أن يمنع المكاتب عن التصرف

في ملكه وبالعجز ينعكس ذلك
 وليس ذلك الابتديل الملك
 للمولى وفيه نظر لانا لنسلم ان
 ذلك تبديل ولئن كان فلان سلم
 ان مثله بمنزلة تبديل العين ولعل
 الاولى أن يقال المولى لم يكن
 له ملك يدقبل العجز وحصل به
 فكان تبديلا قال (واذا جنى
 العبد فكاتبه مولا ما الخ) اذا
 جنى العبد فكاتبه مولا
 ولم يعلم بالجناية لم يجعل
 مختارا للفداء ويجب عليه
 قيمته أما الاول فقدم عليه
 بالجناية وأما الثاني فلان
 الدفع قد تعذر بفعله وهو
 الكتابة كالمواضع وهو لا يعلم
 بالجناية فان عجز خيرا للمولى
 بين الدفع والاداء والفداء لان
 هذا أي أحدهما من الامرين
 موجب جناية العبد في الاصل
 والموجب الاصل لا يترك الا
 بما نفع فان الاصل عبارة عن
 حالة مستمرة لا تتغير بالامور
 ضرورية والمانع عنه حال
 الكتابة قائم أما عن الفداء

لانه لا خبث في نفس الصدقة وانما الخبث في فعل الاخذ لكونه اذلا لابه ولا يجوز ذلك للغنى من غير
 حاجة وللهامشي لزيادة حرمة والاخذ لم يوجد من المولى فصار كالمسبل اذا وصل الى وطنه والفقير
 اذا استغنى وقد بقي في ايديهم ماما أخذ من الصدقة فانه يطيب لهما وعلى هذا اذا أعتق المكاتب
 واستغنى يطيب له ما بقي من الصدقة في يده قال (واذا جنى العبد فكاتبه مولا ولم يعلم بالجناية ثم عجز فانه
 يدفع أو يفدى) لان هذا موجب جناية العبد في الاصل ولم يكن عالما بالجناية عند الكتابة حتى يصير
 مختارا للفداء الا ان الكتابة مانعة من الدفع فاذا زال عاد الحكم الاصل

هذا أيضا كلام لغو اذا ان يكون له ملك رقبة قبل العجز لا ينافي في تحقق التبديل بالنظر الى ملك اليد وهو
 كاف في كون ما أدى الى المكاتب من الصدقات طيبا للمولى كما صرحوا به والصواب في الرد عليه ههنا
 أن يقال هذا الذي ذكر في المال عن الجواب الذي اختاره جمهور الشراح وأوردوه والنظر عليه مع
 ما في ذلك الجواب من المزية وهي الاشارة الى وجه اعتبارهم تبديل ملك اليد دون بقاء ملك الرقبة بأن
 ملك الرقبة مغلوب في مقابلة ملك اليد فكان اعتبار حال الغالب وهي التبديل أولى من اعتبار حال
 المغلوب وهي البقاء فلا وجه ليراد النظر على ذلك الجواب وذكره من عند نفسه وادعائه أولى من ذلك
 (قوله لانه لا خبث في نفس الصدقة وانما الخبث في فعل الاخذ الى قوله والاخذ لم يوجد من المولى) قال
 بعض الفضلاء فعلى هذا الواجح الفقير للغنى أو الهامشي ينبغي أن يطيب لهما عنده اذلا أخذ منهما
 كما لا يخفى اه (أقول) ان لم يوجد منهما ما لا يخدم يد المتصدق فقد وجد منهما ما لا يخدم يد الفقير
 حيث تناولا ما كان في يده وملكه فقد تحقق في حقهما ههنا سبب الخبث اذ لا فرق في ابراء الخبث
 بين أخذ من واحد وأخذ من آخر اذا وجد الاذلال بالاخذ بخلاف المولى فيما نحن فيه فانه لم يوجد منه
 الاخذ لانه لم يخدمه وهو ظاهر ولا من يد العبد فان كسابه ملك مولا عند أبي يوسف فبالعجز
 لا يتبدل الملك فلا يوجد منه الاخذ بل يبقى ملكه في يده على حاله كما يرشد اليه تشبيهه بان السبيل اذا
 وصل الى وطنه والفقير اذا استغنى وقد بقي في ايديهم ماما أخذ من الصدقة فان قلت لاشك انه كان
 للمكاتب ملك اليد قبل العجز بالاتفاق ولهذا كان له منع المولى عن التصرف فيما في يده فبالعجز انتقل
 ذلك منه الى المولى فوجد من المولى الاخذ من يد العبد بهذا الاعتبار قلت ذلك الانتقال ضروري
 والاخذ فعل اختياري فلا يعد ذلك أخذًا ولو سلم أن يعد ذلك أخذًا فلا يلزم فيما نحن فيه عند أبي يوسف

فلما صرح من عدم العلم وأما عن الدفع فلتعذر به الكتابة قائما اذا عجز فقد زال المانع واذا زال المانع عاد الحكم الاصل اخذ

قال المصنف (ولا يجوز ذلك للغنى من غير حاجة وللهامشي لزيادة حرمة) أقول فعلى هذا الواجح الفقير للغنى أو الهامشي ينبغي أن يطيب
 لهما عنده اذلا أخذ منهما كما لا يخفى (قوله لان الخبث ليس في نفس الصدقة) أقول لتعليل لقوله وكذا عند أبي يوسف (قوله وفيه
 نظر لانا لنسلم ان ذلك الخ) أقول وأنت خير بأن تبديل ملك اليد لا يقبل المنع وكون مثله بمنزلة تبديل العين أيضا كذلك فان ذلك يجعله
 حلالا لطيبا للمولى وهم يجعلونه حلالا بدون هذا التبديل كما في ابن السبيل اذا وصل الى وطنه والفقير اذا استغنى فبمثله أولى (قوله ولعل
 الاولى أن يقال الخ) أقول ان أراد أنه لم يكن له ملك أصلا فهو لا يوافق المذهب وان أراد أنه لم يكن له ملك تام يكون عين الجواب المنظور
 فيه فليتام (قوله اذا جنى العبد فكاتبه مولا ولم يعلم بالجناية لم يجعل مختارا للفداء موجب عليه قيمته) أقول أي اذا كان قيمته أقل من
 أرض الجناية والافا الواجب عليه الأقل من قيمته ومن أرض الجناية ثم اعلم ان الضمير في قوله عليه راجع الى المولى

وكذلك أى وكما من عود الحكم الاصلى اذا جنى المكاتب ولم يقض به أى بموجب الجناية حتى يجزى ما ينشأ من زوال المانع وان قضى به أى بموجب الجناية عليه أى على المكاتب فى كتابته ثم عجز فهو أى ما قضى به من موجهادين فى ذمته بياغ فيه واعلم ان المكاتب اذا جنى جناية خطأ فانه يسعى فى الاقل من قيمته ومن أُرش الجناية لان دفعه متعذر بسبب الكتابة وهو أحرى بكسبه وموجب الجناية عند تعذر الدفع على من يكون الكسب له والواجب هو الاقل من القيمة ومن أُرش الجناية الا ترى ان فى جناية المدير وأم الولد يجب على المولى الاقل من قيمته ما ومن أُرش الجناية لانه أحرى بكسبه ما هكذا ذكره الكرخى رحمه الله وغيره واذا علمت هذا ظهر لك أن الحق قد انتقل بالقضاء من الموجب الاصلى وهو دفع الرقبة الى القيمة قبل زوال المانع فاذا زال لم يعد الحكم الاصلى صيانة للقضاء وهذا قول أبى حنيفة ومحمد رحمه الله وقد رجع اليه أبو يوسف رحمه الله آخره وكان يقول أو لا يباع فيه وان عجز قبل القضاء الا أن يقضى المولى عنه وهو قول زفر رحمه الله لان المانع من الدفع وهو الكتابة قائم وقت الجناية فالجناية عند ما وقعت انعقدت موجبة للقيمة كما فى جناية المدير وأم الولد وقوله من الرقبة الى القيمة وقوله انعقدت موجبة للقيمة يشيرون أن الواجب هو القيمة لا الاقل منها ومن أُرش الجناية وهو مخالف لما ذكرنا من رواية الكرخى والمبسوط وعلى هذا يكون تأويل كلامه اذا كانت القيمة اقل من أُرش الجناية ولنا القول بالموجب وهو أناسلنا أن المانع من الدفع قائم ولكن (٢٧٩) الكلام فى أنه قابل للزوال أولا

ولاشك فى قبوله لامكان انفساخ الكتابة وعدم تبوت الانتقال فى الحال فيتوقف على القضاء أو الرضا فان قيل قوله ولم يثبت الانتقال فى الحال متنازع فيه لان مذهب زفر رحمه الله ان جناية المكاتب تصير مالاً فى الحال من غير توقف على الرضا أو القضاء فارجعه أخذه فى الدليل قلنا ظهوره فان التردد فى زوال المانع يمنع الانتقال لامكان عود الموجب الاصلى فصار كالمسح الميسر اذا ابق قبل القبض فانه يتوقف

(وكذلك اذا جنى المكاتب ولم يقض به حتى عجز) لما بينا من زوال المانع (وان قضى به عليه فى كتابته ثم عجز فهو دين بياغ فيه) لانتقال الحق من الرقبة الى قيمته بالقضاء وهذا قول أبى حنيفة ومحمد وقد رجع أبو يوسف اليه وكان يقول أو لا يباع فيه وان عجز قبل القضاء وهو قول زفر لان المانع من الدفع وهو الكتابة قائم وقت الجناية فكما وقعت انعقدت موجبة للقيمة كما فى جناية المدير وأم الولد ولنا أن المانع قابل للزوال للتردد ولم يثبت الانتقال فى الحال فيتوقف على القضاء أو الرضا وصار كالعبد الميسر اذا ابق قبل القبض يتوقف الفسخ على القضاء لتردده واحتمال عوده كذا هذا بخلاف التدبير والاستيلاء لانهم لا يقبلان الزوال بحال قال (واذا مات مولى المكاتب لم تنسخ الكتابة) كى لا يؤدى الى ابطال حق المكاتب اذا الكتابة بسبب الحرية وسبب حق المرحقة (وقيل له اذا مال الى ورثة المولى على نجومه) لانه استحق الحرية على هذا الوجه والسبب انعقد كذلك فيبقى به هذه الصفة ولا يتغير الا أن الورثة يخلفونه فى الاستيفاء

أخذ المولى ملك نفسه من بعده والذي كان سبب الغيب انما هو أخذ ملك الغير من يده وهو يتحقق عند اباحة الفقير للفقير أو الهاشمى فوضع الفرق بين ذلك وبين ما نحن فيه (قوله ولنا أن المانع قابل للزوال للتردد ولم يثبت الانتقال فى الحال فيتوقف على القضاء أو الرضا) قال صاحب العناية فان قيل قوله ولم يثبت الانتقال فى الحال متنازع فيه لان مذهب زفر رحمه الله ان جناية المكاتب تصير مالاً فى الحال من غير توقف على الرضا أو القضاء فارجعه أخذه فى الدليل قلنا ظهوره فان التردد فى زوال المانع يمنع

الفسخ على القضاء لتردده واحتمال عوده بخلاف التدبير والاستيلاء لانهم لا يقبلان الزوال بحال فكان الموجب فى الابتداء هو القيمة قال (واذا مات مولى المكاتب لم تنسخ الكتابة) الكتابة حق المكاتب لان سبب حرمة حرمة حقه فمضى سبب حقه وسبب حق المرحقة لافضائه الى حصوله فالكفاية حقه فاذا مات المولى لم تنسخ كى لا يؤدى موته الى ابطال حق غيره ويقال له اذا مال الى ورثة المولى على نجومه أى مؤجلا لانه استحق الحرية على هذا الوجه والسبب انعقد كذلك فيبقى به هذه الصفة من غير تغيير وهذا لان المولى لما كان موصيا يصرفه بتأجيل الكل كما قطعه بخلاف ما اذا كان مريضا وكاتبه فان المكاتب يؤدى ثلثي القيمة حالا أو يرد رقبيا لانه لما كان مريضا لم يصح تصرفه بتأجيل غير الثلث كسقاطه (قوله الا أن الورثة يخلفونه) استثناء من قوله ولا يتغير قيل وكأنه جواب عما يقال كيف لا يتغير سبب الحرية وقد كان له حق استيفاء البديل فصار للورثة وهو تغير فقال فيهم مهم مقامه فى الاستيفاء لا يسمى تغييرا فى عقد الكتابة لانها باقية كما كانت فكأن سائر الديون يخلفونه فيه ولا يسمى ذلك تغييرا كذلك دين الكتابة

(قوله وكذلك أى وكما من عود الحكم الاصلى) أقول والاولى أن تجعل الإشارة الى ما ذكر من المسئلة والتشبيه فى عود الحكم الاصلى (قوله وهو دفع الرقبة الى القيمة الخ) أقول لا يخالف ما قاله تعالى ان الموجب الاصلى أحد الامرين لان أحد الامرين كان دفع الرقبة وقد ينقل منه الى القيمة ثم اعلم ان قوله الى القيمة متعلق بقوله وقد انتقل

(فان أعتقه أحد الوارثة لم ينفذ عتقه لانه لم يملكه اذا المكاتب لا يملك بسائر أسباب الملك فكذا بالارث) ولا عتق فيما لا يملكه ابن آدم (وان أعتقه جميعا عتق) استقصانا وجه القياس ما ذكرنا من عدم الملك ووجه الاستقصان أن يصير اعتاقهم إبرا عن بدل الكتابة فانهم يملكونه بطريان الارث فيه (٣٨٠) (واذا برئ المكاتب عن) جميع (بدل الكتابة عتق كما اذا أبرأه مولاه) فان قيل فاجعل اعتاق أحد

(فان أعتقه أحد الوارثة لم ينفذ عتقه) لانه لم يملكه وهذا لان المكاتب لا يملك بسائر أسباب الملك فكذا بسبب الوارثة وان أعتقه جميعا عتق وسقط عنه بدل الكتابة لانه يصير إبرا عن بدل الكتابة فانه حقهم وقد جرى فيه الارث واذا برئ المكاتب عن بدل الكتابة عتق كما اذا أبرأه المولى لأنه اذا أعتقه أحد الوارثة لا يصير إبرا عن نصيبه لانا نجعله إبرا عن اقتضاء تصحيحا لعتقه والعتق لا يثبت بأبراء البعض أو أدائه في المكاتب لافي بعضه ولا في كله ولا وجه الى إبرا الكل لحق بقية الوارثة والله أعلم

كتاب الولاء

الولاء نوعان ولاء عتاقه ويسمى ولاء نعمة

الانتقال لامكان عود الموجب الاصلى اه كلامه (أقول) فيه بحث اذ المانع أن يمنع أن مجرد التردد في زوال المانع يمنع الانتقال كيف وهذا التردد متحقق فيما اذا جاز بعد القضاء أضعاف ثبوت الانتقال هناك بالاتفاق فلم لا يجوز أن لا يمنع ههنا أيضا كما هو مذهب زفر وقول أبي يوسف أولا فن أين بقيت الظهور ولو سلم أن مجرد التردد في زوال المانع يمنع الانتقال في الحال لزم أن يكون قول المصنف ولم يثبت الانتقال في الحال مستدر كابتعد أن قال ان المانع قابل للزوال للتردد أو كان حقه أن يقول فلم يثبت الانتقال في الحال بالتفريق على ما قبله كالا يخفى على ذي مسكة وكان صاحب الكافي تنبيه لهذا حيث قال ولما كان المانع متريدا لم يثبت الانتقال عن الموجب الاصلى الا بالقضاء أو الرضا

كتاب الولاء

أورد كتاب الولاء عقيب كتاب المكاتب لان الولاء من آثار التكاثر بزوال ملك الرقبة عند أداء بدل الكتابة وهو وان كان من آثار الاعتاق أيضا الا ان موجبات ترتيب الكتب السابقة ساقطت التكاثر الى هذا الموضوع فوجب تأخير كتاب الولاء عن كتاب المكاتب لثلاث تقدم الأولى ترعى المؤثر ثم ان الولاء لغة مشتق من الولي وهو القرب وحصول الثاني بعد الاول من غير فصل ويسمى ولاء العتاقه وولاء الموالاة لان حكمهما هو الارث يقرب ويحصل عند وجود شرطه من غير فصل وقيل الولاء والولاية بالفتح النصر والهبة لأنه اختص في الشرع بولاء العتق وولاء الموالاة فالولاء شرطا عبارة عن التناصر سواء كان بالاعتاق أو بعقد الموالاة ولهذا قال في المبسوط والمطلوب بكل واحد منهما التناصر كذا في النهاية ومعراج الدرابة (أقول) فيه فتور أما أولا فلا لأن الظاهر ان الولي صفة الثاني من المتقاربين كما يفصح عنه قوله وحصول الثاني بعد الاول من غير فصل فهو فيما نحن فيه صفة حكم ولاء العتاقه وولاء الموالاة لصفه أنفسهما فكيف تحسن تسميتهما بما لا يشوم معنى ما أخذ اشتقاقهما بل بما هو خارج عنهما وهو حكمهما وأما ثانيا فلا لأن ما ذكر في المبسوط من أن المطلوب بكل واحد منهما التناصر إنما يدل على كون التناصر غيرهما لان أنفسهما اذ لا يخفى على النطن ان المطلوب بالشيء لا يكون نفسه بل يكون أمرا مغايرا له اذ لا معنى لكون الشيء وسيلة الى نفسه فكيف يتم الاستشهاد على كون ولاء العتاقه وولاء الموالاة في الشرع عبارة عن التناصر بأن قال في المبسوط والمطلوب بكل واحد منهما التناصر وقال في العناية بالولاية في اللغة عبارة عن النصر والهبة وهو مشتق من الولي وهو القرب وحصول الثاني بعد الاول من غير فصل وفي عرف الفقهاء عبارة عن تناصر بوجوب الارث والعقل قال

الورثة إبرا عن نصيبه قلنا لا يصح لانا نجعله إبرا عن اقتضاء تصحيحا لعتقه والعتق لا يثبت في المكاتب بإبراء البعض أو أدائه لافي بعضه ولا في كله لان عتقه معلق بسقوط جميع البدل وهذا لو أبرأ المورث عن بعض البدل لم يمتنع منه شيء واذا لم يمكن إثبات المقضى لا يثبت المقضى فلا وجه لإبراء البعض وكذلك الى إبراء الكل لحق بقية الوارثة والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب واليه المآب

كتاب الولاء

أورد كتاب الولاء عقيب كتاب المكاتب لانه من آثار زوال ملك الرقبة وقد ساق موجب ترتيب الابواب على النهج المتقدم الى هذا الموضوع فوجب تأخير كتاب الولاء عن كتاب المكاتب لثلاث تقدم الأولى ترعى المؤثر والولاية في اللغة عبارة عن النصر والهبة وهو مشتق من الولي وهو القرب وحصول الثاني بعد الاول من غير فصل وفي عرف الفقهاء عبارة عن تناصر بوجوب الارث والعقل قال

(الولاء نوعان) يتوعد الولاء باختلاف السبب الى نوعين فالاول (ولاء عتاقه ويسمى ولاء نعمة) قفاه بقوله تعالى واذ تقول للذي أنعم الله عليه وأنمت عليه أي بالاعتاق وهو زيد

كتاب الولاء

بقوله صلى الله عليه وسلم
الولاء لمن أعتق وانما كان
ذلك صحيحا لانه لو عتق
على الرجل قربه بالوراثة
كان الولاء له ولا اعتاق
لجعل العتق سببا أولى
لعمومه والثاني ولاء موالاة
وسببه العقد قد عني
ما سئل (قوله وله - ذا
يقال ولاء العتاقة وولاء
الموالاة) بيان اسباب
النوعين فان كلاهما - ما
يضاف الى شيء والاضافة
تدل على السببية كما عرف
في الاصول وقوله (والمعنى
فيه - ما للتناصر) بيان
مفهومهما الشرعي (قوله
وكانت العرب تتناصر
بأشياء) بيان وجوه
التناصر فيه - ما فان العرب
كانت تتناصر بهما
وبالحلف والمنطقة (و قد
قرر النبي صلى الله عليه
وسلم تناصرهم بالولاء
بنوعيه فقال ان مولى
القوم منهم وحليفهم
منهم والمراد بالحليف مولى
الموالاة لانهم كانوا يؤكدون
الموالاة بالحلف)

وسببه العتق على ملكه في الصحيح حتى لو عتق قربه عليه بالوراثة كان الولاء له وولاء موالاة وسببه العقد
وله - ذا يقال ولاء العتاقة وولاء الموالاة والحكم يضاف الى سببه والمعنى فيه ما للتناصر وكانت العرب
تتناصر بأشياء وقرر النبي صلى الله عليه وسلم تناصرهم بالولاء بنوعيه فقال ان مولى القوم منهم وحليفهم
منهم والمراد بالحليف مولى الموالاة لانهم كانوا يؤكدون الموالاة بالحلف

وحصول الثاني بعد الاول من غير فصل وفي عرف الفقهاء عبارة عن تناصر يوجب الارث والعقل اه
(أقول) فيه خلل لان الولاء المشتق من الولي الذي هو القرب لا يكون عبارة عن النصرة والمحبة بل
يكون عبارة عن القرابة لان الاشتقاق أن يجدينا اللفظين تناسبا في اللفظ والمعنى ولا تناسب في المعنى
بين الولي الذي معناه القرب وبين الولاء بمعنى النصرة والمحبة وانما التناسب في اللفظ والمعنى بين الولي
بمعنى القرب وبين الولاء بمعنى القرابة وعن هذا قال في الكافي والكفاية هو من الولي بمعنى القرب ويقال
بينهما ولاء اي قرابة ومنه قوله عليه الصلاة والسلام الولاء لجة كاحمة النسب أي وصلة كوصلة النسب
اه فالولاء الذي يكون عبارة عن النصرة والمحبة انما يشتق من الولاية بالفتح بمعنى النصرة وعن هذا
قال في النهاية ومعراج الدراية بعد بيان كون الولاء في اللغة مشتقا من الولي بمعنى القرب وقيل الولاء
والولاية بالفتح النصرة والمحبة الا انه اختص في الشرع بولاء العتاقة وولاء الموالاة اه وقال في التبيين
هو من الولي فهو قرابة حكمية حاصلة من العتق أو الموالاة ثم قال أو من الموالاة وهي مفاعلة من الولاية
بالفتح وهو النصرة والمحبة الا انه اختص في الشرع بولاء العتاقة وولاء الموالاة اه فقد ظهر أن قول
صاحب العناية بالولاية في اللغة عبارة عن النصرة والمحبة وهو مشتق من الولي وهو القرب - رب خط بين
المعنيين واخلاق الحق البيان (قوله وسببه العتق على ملكه في الصحيح حتى لو عتق قربه عليه بالوراثة
كان الولاء له) انما قد سبق قوله في الصحيح احتراز عن قول أكثر أصحابنا فانهم يقولون سببه الاعتاق
ويستدلون بقوله عليه الصلاة والسلام الولاء لمن أعتق ولكنه ضعيف فان من ورث قربه فعتق
عليه كان ولاؤه ولا اعتاق هناك فالصحيح أن سببه العتق على ملكه لا يرى أنه يقال ولاء العتاقة ولا يقال
ولاء الاعتاق والحكم يضاف الى سببه وأما قوله عليه الصلاة والسلام الولاء لمن أعتق فالمراد أن الولاء له
بسبب العتق لا بسبب الاعتاق فان في الاعتاق عتقا بدون العكس هذا زيادة في جملة الشروح ههنا
وقال في البدائع أما سبب ثبوته فالعتق سواء كان العتق حاصلا بصدقه وهو الاعتاق أو ما يجرى مجرى
الاعتاق شرعا كشراء القريب وقبول الهبة والصدقة والرؤية أو بغير صدقه بأن ورث قربه وسواء
أعتقه تطوعا أو عن واجب عليه كالاتاق عن كفارة القتل والظهار والافطار واليمين والنذر وسواء
كان الاعتاق بغير بدل أو ببديل وهو الاعتاق على مال وسواء كان منجزا أو معلقا بشرط أو مضافا الى
وقت وسواء كان صريحا أو مجريا الصريح أو كناية أو مجريا مجرى الكناية وكذا العتق
الحاصل بالتدبير والاستيلاء والاصل فيه قوله صلى الله عليه وسلم الولاء لمن أعتق من غير فصل الى هنا
لفظ البدائع (أقول) كون الحديث المذكور أصلا في حق الصور الزبورية كما هو محل نظر فان
في صورة ان كان العتق حاصلا بغير صدقه كما اذا ورث قربه لا يوجد الاعتاق فلا تندرج تحت قوله
عليه الصلاة والسلام الولاء لمن أعتق فليتأمل في الدفع (قوله والمعنى فيه ما للتناصر) قال صاحب
العناية قوله والمعنى فيه ما للتناصر بيان مفهومهما الشرعي اه (أقول) فيه بحث اذ ليس
مفهومهما الشرعي مطلقا للتناصر بل تناصر يوجب الارث والعقل كما صرح به الشارح الم - زبور
وغيره وهم - هذا الخصوص يمتاز مفهومهما الشرعي عن مفهومهما اللغوي كما عرفت فلو كان مراد
المصنف بقوله المذكور بيان مفهومهما الشرعي لما أطلق التناصر بل خصه بمأخوذ المعبر

(قوله استدللا بقوله عليه
الصلاة والسلام الخ) أقول
ويجى جواب استدلالهم
بعد سطور (قوله فجعل
العتق سببا أولى لعمومه)
أقول الا صواب تبديل
الاولى بالصواب (قوله

بيان لسبب النوعين) أقول أي لسببية سببهما

قال (واذا أعتق المولى مملوكه الخ) (٣٨٣) إذا أعتق المولى مملوكه كان الولاء له لقوله صلى الله عليه وسلم الولاء لمن أعتق ووجه الاستدلال

قال (واذا أعتق المولى مملوكه فلولاه) لقوله عليه الصلاة والسلام الولاء لمن أعتق ولان التناصر به فيعقله وقد أحياءه معنى بازالة الرق عنه فيرثه ويصير الولاء كالولاد

في مفهومهما ما الشرعي على انه لو كان مراده بيان مفهومهما لغويا كان أو شرعا لقال ومعهما التناصر دون أن يقول والمعنى فيهما التناصر كما لا يخفى على من له درية بأساليب الكلام والحق أن مراد المصنف بقوله المذكور بيان المقصود منهما الا ببيان مفهومهما وعن هذا قال صاحب الكافي بدل قول المصنف والمعنى قيمهما التناصر والمطلوب بكل واحد منهما ما التناصر كما قال في المبسوط أيضا كذلك كما مرتب ترشد (قوله وإذا أعتق المولى مملوكه فلولاه لقوله عليه الصلاة والسلام الولاء لمن أعتق) قال صاحب العناية وجه الاستدلال ان الحكم اذا ترتب على مشتق دل على ان المشتق منه علة لذلك الحكم اه (أقول) لا يذهب عليك ان حل هذا المحل بهذا الوجه ليس بسديد اذ لا شك ان المطلوب بهذه المسئلة بيان من له الولاء لا بيان علة الولاء والوجه المذكور انما يفيد الثاني دون الاول فلا يتم التقريب والصواب ان وجه الاستدلال ههنا هو أن لام الجنس في قوله عليه الصلاة والسلام الولاء ولا م الاختصاص في قوله لمن أعتق تدلان على ان جنس الولاء لمن أعتق دون غيره كما قالوا في قوله تعالى الحمد لله دل بلا محي الجنس والاختصاص على اختصاص جنس الحمد بالله تعالى ثم قال صاحب العناية فان قيل لست الاستدلال به على هذا الوجه يناقض جعل العتق سبباً لأن أعتق مشتق من الاعتاق فالجواب أن الاصل في الاشارة ان هو مصدر الثلاثي وهو العتق انتهى كلامه (أقول) في جوابه نظر لان كون مصدر الثلاثي أصلاً في الاشتقاق لا يستدعي كونه أصلاً في العلية لترتب الحكم على المشتق من المزيد عليه كما فيما نحن فيه فان كثيراً من مصادر المزيديات يصلح علة لما لا يصلح له مصادر الثلاثي ألا يرى أن الاعتاق مثلاً يكون علة للعتق ولا ريب أن العتق لا يكون علة لنفسه الى غير ذلك من المورد مدار السؤال على العلية فلا يدفعه الجواب المزبور (قوله ولان التناصر به فيعقله وقد أحياءه معنى بازالة الرق عنه فيرثه ويصير الولاء كالولاد) قال صاحب العناية في شرح هذا المقام قوله ولان التناصر به أي بسبب الاعتاق دليل على الأثرين الثابتين به وهو العقل والميراث وتقرره المولى ينتصر بمولاه بسبب العتق ومن ينتصر بشخص يعقله لان الغنم بالغرم بحيث يغرم بغرمه عقله والمولى أحياءه معنى بازالة الرق عنه لان الرقيق هالك حكماً ألا يرى أنه لا يثبت في حقه كسبه كثير من الاحكام التي تعلقت بالاحياء نحو القضاء والشهادة والسعي الى الجمعة والخروج الى العيدين وأشياء ذلك وبالاعتاق تثبت هذه الاحكام في حقه فكان احياءه معنى ومن أحياءه معنى ورثه كالوالد فيصير الولاء كالولاد والولاد يوجب الارث فكذلك الولاء اه كلامه (أقول) في أوائل تقريره الدليل لخلل لانه اعتبر النصر في جانب المولى بمعنى المعتق بالفتح والانصراف في جانب المولى بمعنى المعتق بالكسر كما لا يخفى على من تأمل في بسط كلامه سيما في قوله فحيث يغرم بغرمه يغرم عقله والظاهر ان الامر بالعكس اذا المعتق بالفتح ينتصر بنصر المعتق بالكسر حيث ينال شرف الحرية بسبب اعتاق ذلك اياه فهو الغنم وأيضا قد استدلل على ان من ينتصر بشخص يعقله بأن الغنم بالغرم وليس يصحح لانه ان رجوع ضمير الفاعل المستتر في يعقله الى من ينتصر كما هو الظاهر من سوق كلامه لم يصح المدعى في نفسه ومع ذلك لا يطابقه الدليل المذكور أمّا عدم صحة المدعى في نفسه فلان العاقل في الشرع هو التناصر لا المنتصر على ما تقر في موضعه وأمّا عدم مطابقة الدليل المذكور اياه فلان المدعى حينئذ وجوب العقل الذي هو الغرم بالانصراف الذي هو الغنم والدليل المذكور انما يفيد عكس ذلك فالدليل المطابق له عكس ما ذكر وهو الغرم بالغنم كما هو نظم الحديث الشريف على ما ذكر في كتب الحديث ومر في هذا

أن الحكم اذا ترتب على مشتق دل على أن المشتق منه علة لذلك الحكم فان قيل الاستدلال به على هذا الوجه يناقض جعل العتق سبباً لأن أعتق مشتق من الاعتاق فالجواب أن الاصل في الاشتقاق هو مصدر الثلاثي وهو العتق وقوله (ولان التناصر به) أي بسبب الاعتاق دليل على الأثرين الثابتين به وهما العقل والميراث وتقرره المولى ينتصر بمولاه بسبب العتق ومن ينتصر بشخص يعقله لان الغنم بالغرم بحيث يغرم بغرمه يغرم عقله والمولى أحياءه معنى بازالة الرق عنه لان الرقيق هالك حكماً ألا يرى أنه لا يثبت في حقه كثير من الاحكام التي تعلقت بالاحياء نحو القضاء والشهادة والسعي الى الجمعة والخروج الى العيدين وأشياء ذلك وبالاعتاق تثبت هذه الاحكام في حقه فكان احياءه معنى ومن أحياءه معنى ورثه كالوالد فيصير الولاء كالولاد والولاد يوجب الارث فكذلك الولاء ولانه ثبت أنه يعقله فيرثه لان الغنم بالغرم (قوله ووجه الاستدلال) أن الحكم اذا ترتب على مشتق (أقول وأنت خير بأن المراد من قوله وإذا أعتق الخ ليس بيان علة الولاء حتى يكون وجه الاستدلال ما ذكره (قوله فالجواب أن الاصل الخ) أقول فيه تأمل الكتاب

فقوله (ولان الغنم بالغرم) يخدم الوجهين فلهذا آخره (قوله وكذا المرأة تعتق) (٢٨٣) يعني ان ولاعة معتقة لها المارو يسلم من قوله

صلى الله عليه وسلم الولاء لمن أعتق وقوله (ومات معتق لابنة حرة رضى الله عنهما) معطوف على قوله المارو يسلم معنى ذكره استدلالا على ثبوت الولاء للمرأة (روى أن بنت حرة رضى الله عنها ما أعتقت غلاما لها ثم مات المعتقد وترك ابنته فبعت النبي صلى الله عليه وسلم المال بينهما نصفين ويستوى في ثبوت الولاء الاعتاق بعمال وبغيره) والعتق بقراءة أو كتابة عند الاداء أو تدبير أو استيلاء بعد الموت وسواء كان العتق حاصلا ابتداء أو بجهة الواجب ككفارة اليقين وما أشبهها (لاطلاق ما ذكرناه) يعني قوله صلى الله عليه وسلم الولاء لمن أعتق وما ذكره من المعنى المعقول (فان شرط أنه سائبة) أي يكون حرا ولا يملكه وبين معتقه (فان شرط باطل والولاء لمن أعتق لان الشرط مخالف للنص فلا يصح) قال (واذا أدى المكاتب) أي المكاتب (كلامه ظاهر لا يحتاج الى شرح وذكر مسألة جبر الولاء وبين مواضع الجبر عن غيره والاصل في ذلك ان العتق اذا وقع مقصودا على الولد لا ينتقل ولاؤه أبدا وان وقع تبعا لأمه ثم أعتق الاب جروا لأمه

ولان الغنم بالغرم وكذا المرأة تعتق لماروينا ومات معتق لابنة حرة رضى الله عنهم اعنوا عن بنت فبعت النبي عليه الصلاة والسلام المال بينهما نصفين ويستوى فيه الاعتاق بعمال وبغيره لاطلاق ما ذكرناه قال (فان شرط أنه سائبة فالشرط باطل والولاء لمن أعتق) لان الشرط مخالف للنص فلا يصح قال (واذا أدى المكاتب عتق وولاؤه للمولى وان عتق بعد موت المولى) لانه عتق عليه بما يشر من السبب وهو الكتابة وقد قررناه في المكاتب (وكذا العبد الموصى بعتقه أو بشرائه وعتقه بعد موته) لان فعل الوصي بعد موته كفعله وان تركه على حكم ملكه (وان مات المولى عتق مديروه وأمتهات وأولاده) لما يثبت في العتاق (وولاؤهم له) لانه أعتقهم بالتدبير والاستيلاء (ومن ملك دارحم محرم منه عتق عليه) لما يثبت في العتاق (وولاؤه له) لوجود السبب وهو العتق عليه (واذا تزوج عبد رجل أمة لا خرافة عتق مولى الأمة الأمة وهي حامل من العبد عتقت وعتق جملها وولاء الحمل للمولى الأم لا ينتقل عنه أبدا) لانه عتق على معتق الأم مقصودا اذ هو جزء منها يقبل الاعتاق مقصودا فلا ينتقل ولاؤه عنه فلا يماروينا

الكتاب أيضا في باب النسخة من كتاب الطلاق وان رجع ذلك الضمير الى شخص في قوله من ينتصر بشخص لم يصح الدليل المذكور أصلا لان الغنم المنتصر بشخص والغنم المنتصر هو ذلك الشخص الناصر فلم يجتمع الغنم والغرم في شخص واحد حتى يصح الاستدلال بأن الغنم بالغرم اذ لا شك ان غنم شخص لا يصير سببا للغرم شخص آخر ولا العكس * ثم أقول الصواب ان مراد المصنف بقوله ولان التناصر به فيعقله هو ان المعتق بالفتح ينتصر بنصر المعتق بالكسر بسبب اعتاقه اياه فيعقله أي فيعقل المعتق بالكسر المعتق بالفتح بناء على ان مدار العقل أن يكون ناصرا كما تقر في كتاب المعاقل حيث صرحوا فيه بأن وجه ضم العاقلة الى الجاني في الدية دون غيرهم هو أن الجاني انما قصر القوة فيه وتلك بأنصاره وهم العاقلة فكأنوا هم المقصرين في تركهم مراقبته فخصوا بالضم اليه (قوله ولان الغنم بالغرم) قال صاحب العناية قوله ولان الغنم بالغرم يخدم الوجهين فلهذا آخره اه (أقول) يريد بالوجهين العقل والارث لكونه منظوريا أما أولا فلما ثبتنا عليه فيما مر أن نفاها ان الدليل على أن يعقل المعتق انما هو كون الغرم بالغنم لا كون الغنم بالغرم والمذكور ههنا هو الثاني فكيف يخدم الوجه الاول وأما ثانيا فلا تبهجه قول المصنف فيما قبل ولان التناصر به فيعقله مبنيا على كون الغنم بالغرم كما عرفت فكيف ينتظم حينئذ واو العطف في قول المصنف ولان الغنم بالغرم بالنظر الى الوجه الاول والعطف يقتضى المغايرة بين المعطوف والمعطوف عليه على أن الوجهين قول المصنف ولان الغنم بالغرم دليل على الوجه الثاني فقط وهو الارث معطوف بحسب المعنى على قوله وقد أحياء معنى بازالة الرق فكانت قال لانه أحياء معنى بازالة الرق عنه فبرئه ولان الغنم بالغرم بحيث يفرغ عقله يرث ماله كما ان قوله فيما سبأ في ومات معتق لابنة حرة رضى الله عنهم الخ معطوف على قوله المارو يسلم معنى كما صرح به الشارح المذمور وغيره هناك وتظاير هذا أكثر من ان تحصي (قوله) واذا تزوج عبد رجل أمة لا خرافة عتق مولى الأمة الأمة وهي حامل من العبد عتقت وعتق جملها وولاء الحمل للمولى الأم لا ينتقل عنه أبدا) هذا النظم التدويري قال المصنف في تعليقه لانه عتق على معتق الأم مقصودا فلا ينتقل ولاؤه عنه فلا يماروينا وقال الشراح انما صار الحمل معتق مقصودا لان المولى قصد اعتاق الأم والقصد اليه بالاعتاق قصد الى جميع أجزائها والحمل جزء منها فصار معتق مقصودا اه (أقول) يرى المخالف بين ما ذكره ههنا وبين ما ذكره المصنف في كتاب العتاق

الى مواله وعلى هذا اذا أعتق الرجل أمة وولدها عتقا وولاؤه ماله فان أعتق الاب بعد ذلك لا يجبر ولاؤه لانه لما كان منفصلا عن الأم كان مملوكا كالمالك الأم والعق تناوله مقصودا فلا يتبع أحدا

واذا أعتقت الام وهي حامل أو أعتقت وولدت بعد العتق لاقل من سنة أشهر أو ولدت أحد التوأمين لأقل من ستة أشهر بيوم ثم أعتق الاب رجل آخر فكذلك لا ينتقل الولاء الى موالى الاب لان المولى قصد اعتاق الام والقصد اليها بالا اعتاق قصد الى جميع أجزائها والجل جزء منها فان كان الجل ظاهرا وقت الاعتاق فواضح وان ولدت لاقل من سنة أشهر حصل اليقين بقيامه فيه وكذا اذا ولدت أحد التوأمين لانهم ما يتعلقان معا فان قيل الحبل اذا والت رجلا والزوج والى غيره كان ولدا ولدى المولى الاب في الفرق أوجب بأن الجنين غير قابل لهذا الولاء مقصودا لان تمامه بالايجاب والقبول وهو ليس بمحل له واذا أعتقها ثم ولدت لاكثر من ستة أشهر فولد لمولى الام لانها لما ولدت لذلك لم يتيقن لقيام (٣٨٤) الجل وقت الاعتاق حتى يعتق مقصودا فيعتق تبع الام لان اتصاله بهم بعد عتقها فيتبعها في الولاء فان

أعتق الاب رجلا وابنه الى مواليه لان الولاء بمنزلة النسب قال صلى الله عليه وسلم الولاء لمن كسبه النسب الحديث ثم النسب الى الآباء فكذلك الولاء والنسبة الى موالى الام كانت ضرورة عدم أهلية الاب لرقه فاذا صار أهلا عاد الولاء اليه كما كان ولد الملاعنة ينسب الى قوم الام ضرورة فاذا كذب الملاعن نفسه عاد انتساب الولاء اليه ونقض قوله فاذا صار أهلا عاد الولاء اليه بما اذا أعتقت المعتدة عن موت بأن كانت الامة امرأه مكاتب فماتت عن وفاء أو أعتقت المعتدة عن طلاق فماتت بولد لاقل من سنتين من وقت الموت أو الطلاق حيث يكون الولد مولى لمولى الام لم ينتقل عنهم وان أعتق الاب والجواب أن العود اليه يعود الى أهلية ولم يثبت بهذا العتق للاب أهلية لتعذر اضافة العلق الى ما بعد

(وكذلك اذا ولدت ولدا لأقل من سنة أشهر) لليقين بقيام الجل وقت الاعتاق (أو ولدت ولدين أحدهما لاقل من ستة أشهر) لانهم ما واثقان معا وهذا بخلاف ما اذا والت رجلا وهي حبل والزوج والى غيره حيث يكون ولدا ولدى المولى الاب لان الجنين غير قابل لهذا الولاء مقصودا لان تمامه بالايجاب والقبول وهو ليس بمحل له قال (فان ولدت بعد عتقها لاكثر من ستة أشهر ولدا فولد لمولى الام) لانه عتق تبع الام لان اتصاله بهم بعد عتقها فيتبعها في الولاء ولم يتيقن بقيامه وقت الاعتاق حتى يعتق مقصودا (فان أعتق الاب رجلا وابنه وانقل عن مولى الام الى موالى الاب) لان العتق ههنا في الولد يثبت تبع الام بخلاف الاول وهذا لان الولاء بمنزلة النسب قال عليه الصلاة والسلام الولاء لمن كسبه النسب لا يباع ولا يوهب ولا يرث ثم النسب الى الآباء فكذلك الولاء والنسبة الى موالى الام كانت لعدم أهلية الاب ضرورة فاذا صار أهلا عاد الولاء اليه كولد الملاعنة ينسب الى قوم الام ضرورة فاذا كذب الملاعن نفسه ينسب اليه بخلاف ما اذا أعتقت المعتدة عن موت أو طلاق فماتت بولد لاقل من سنتين من وقت الموت أو الطلاق حيث يكون الولد مولى لمولى الام وان أعتق الاب لتعذر اضافة العلق الى ما بعد الموت والطلاق البائن لحرمه الوطء وبعد الطلاق الرجعي لما أنه يصير مراجعا

فانه قال هنالك وان أعتق حاملا عتق جملها تبعها اذ هو متصل بها اه والظاهر منه ان يصير الحمل معتقا تبعا البتة لام مقصودا فليست امل في التوفيق (قوله فان أعتق الاب رجلا وابنه وانتقل عن مولى الام الى موالى الاب) قال في الكافي فان قيل الولاء كالنسب والنسب لا يحتمل الفسخ بعد ثبوته فكذلك الولاء يجب أن لا يفسخ بعد ثبوته قلنا لا يفسخ ولكن حدث ولدا أولى منه فقدم عليه كما نقول في الاخ انه عصبة فاذا حدث من هو أولى منه في الارث لا يبطل تعصبيه ولكن يقدم عليه اه وذكر في غاية البيان أيضا هذا السؤال والجواب نقلا عن الشيخ أبي نصر (أقول) في الجواب اشكال وهو انه لو لم يفسخ الولاء بل قدم عليه ولدا أولى منه في الارث لزم أن ترث موالى الام عند انقطاع موالى الاب بعد انتقال الولاء عن موالى الى موالى كما هو الحال في العصبة الاذنى عند انقطاع العصبة الاولى منه كالاخ عند عدم الابن والاب ولم يرو عن أحد أن ترث موالى الام بالولاء في حال بعد أن انتقل عنهم الولاء بالجر (قوله بخلاف ما اذا أعتقت المعتدة عن موت أو طلاق فماتت بولد لاقل من سنتين من وقت الموت أو الطلاق الخ) قال صاحب النهاية ومعراج الدراية قول المصنف هذا الخ يتعلق بقوله فاذا صار أهلا عاد الولاء اليه يعني اذا ولدت بعد عتقها لاكثر من ستة أشهر ثم أعتق الاب يجر ولدا وابنه من موالى الام الى موالى نفسه بخلاف ما اذا ولدت الامة المعتدة عن موت أو طلاق حيث لا يجر ولدا وابنه الى موالى نفسه وان كانت الولادة بعد عتقها لاكثر من ستة أشهر بل يكون ولدا

الولد

الموت وهو ظاهر والى ما بعد الطلاق البائن لحرمه الوطء وكذلك بعد الطلاق الرجعي لما أنه يصير مراجعا

(قوله واذا أعتقت الام وهي حامل) أقول أى ظاهرة الجل كما يشير اليه قوله فان كان الجل ظاهرا وقت الاعتاق (قوله لانها لما ولدت لذلك لم يتيقن لقيام الجل وقت الاعتاق) أقول لا يخفى عليك ما في هذا التعليل من عدم المطابقة للعلل فالظاهر أن يقول فولد لمولى الام تبعها حتى تحصل المطابقة (قوله ونقض قوله فاذا صار الخ) أقول الظاهر ان النقص على قوله اذ لم يتيقن لقيام الجل وقت الاعتاق يعتق الجل تبعها ويجر الاب ولدا فانها اذا جاءت به لاكثر من ستة أشهر لا يتيقن به فأجاب بمنع عدم التيقن فتأمل

بالشك فأسند الى حالة النكاح فكان الولد موجودا عند الاعتناق فعتق مقصودا (وفي الجامع الصغير وإذا تزوجت معتقة بعد فولدت أولاد فنجني الأولاد فعتقهم على موالى الام) لانهم عتقوا تبعاً لهم ولا عاقلة لابنهم ولا موالى فألحقوا على الام ضرورة كفاي ولد الملاعنة على ما ذكرنا (فان أعتق الاب جروا ولا الولاد الى نفسه) لما بينا (ولا ير جعون على عاقلة الاب بما علقوا) لانهم حين عقلاه كان الولاد ثابتاً لهم وانما يثبت للاب مقصودا لان سببه مقصود وهو العتق بخلاف ولد الملاعنة اذا عقل عنه قوم الأم ثم أكذب الملاعن نفسه حيث يرجعون عليه لان النسب هناك يثبت مستنداً الى وقت العلق وكانوا مجبورين على ذلك فيرجعون

الولد لموالى أمه وان أعتق الاب لتعذر اضافة العلق الى ما بعد الموت لاستحالة من الميت والى ما بعد الطلاق أما اذا كان بائناً لحرمة الوطء بعده وأما اذا كان رجعياً فليصير مرجعياً بالشك فأسند الى حالة النكاح فكان الحمل موجودا عند اعتناق الام فعتق مقصودا فلا ينتقل انتهى وأدى صاحب العناية أيضاً هذا المعنى ولكن بطريق النقض والجواب حيث قال وفوق قوله فاذا صار أهلاً عاد الولاد اليه ما اذا أعتقت المعتدة عن موت بأن كانت الامة امرأه مكاتب فماتت عن وفاء أو أعتقت المعتدة عن طلاق فماتت بولد لاقل من سنتين من وقت الموت أو الطلاق حيث يكون الولد مولى لموالى الام لم ينتقل عنهم وان أعتق الاب والجواب ان العود اليه بعود الاهلية ولم يثبت بهذا العتق للاب اهلية لتعذر اضافة العلق الى ما بعد الموت وهو ظاهر والى ما بعد الطلاق البائن لحرمة الوطء وكذلك بعد الطلاق الرجعي لما أنه يصير مرجعياً بالشك لانهم اذا جاءت به لاقل من سنتين احتمل أن يكون موجودا عند الطلاق فلا حاجة الى اثبات الرجعة لثبوت النسب واحتمل أن لا يكون فيحتاج الى اثباته لثبوت النسب واذا تعذر اضافته الى ما بعد ذلك أسند الى حالة النكاح فكان الولد موجودا عند الاعتناق فعتق مقصودا ومن عتق مقصودا لا ينتقل ولاؤه كما تقدم وبنين من هذا أنها اذا جاءت به لاقل من ستة أشهر كان الحكم كذلك بطريق الاولى المتيقن بوجود الولد عند الموت والطلاق وأما اذا جاءت به لاكثر من سنتين فالحكم فيه مختلف بالطلاق البائن والرجعي ففي البائن مثل ما كان وأما في الرجعي فولاد الولد لموالى الاب لثبوتنا بمرجعيته وذكر لفظ الجامع الصغير لاشتماله على بيان العقل وبين الفرق بينه وبين ولد الملاعنة وكلامه فيه واضح

بالشك لانهم اذا جاءت به لاقل من سنتين احتمل أن يكون موجودا عند الطلاق فلا حاجة الى اثبات الرجعة لثبوت النسب واحتمل أن لا يكون فيحتاج الى اثباته لثبوت النسب واذا تعذر اضافته الى ما بعد ذلك أسند الى حالة النكاح فكان الولد موجودا عند الاعتناق فعتق مقصودا ومن عتق مقصودا لا ينتقل ولاؤه كما تقدم وبنين من هذا أنها اذا جاءت به لاقل من ستة أشهر كان الحكم كذلك بطريق الاولى المتيقن بوجود الولد عند الموت والطلاق وأما اذا جاءت به لاكثر من سنتين فالحكم فيه مختلف بالطلاق البائن والرجعي ففي البائن مثل ما كان وأما في الرجعي فولاد الولد لموالى الاب لثبوتنا بمرجعيته وذكر لفظ الجامع الصغير لاشتماله على بيان العقل وبين الفرق بينه وبين ولد الملاعنة وكلامه فيه واضح

قال (ومن تزوج من العجم بمعتقة من العرب الخ) تزوج مسلم من العجم لم يعتقه أحدهم معتقة العرب فولادها الموال لها عند أبي حنيفة ومحمد رجهما الله وأموالهم لهم لادوى أرحامه حتى لو ترك هذا الولد أمة أو خالة لم يكن له ما شئ في وجود معتق الام وعصته وعند أبي يوسف رجه الله حكمه حكم أبيه فلا يكون عليه ولا عتاقة وانما يرث ماله بين ذوى أرحامه كما اذا كان الاب عرييا والام معتقة فانه لا يكون ولاؤه لموالى أمه لان النسب الى الآباء فان قيل لما كان النسب الى الآباء وجب أن يستوى الاب والحر والعبد وليس كذلك أجاب بأن العبد هالك معنى (٢٨٦) لانه لا يملك شيئا ولانه أثر الكفر والكفر موت حكمي قال الله تعالى

أومن كان ميتا فأحييناه
فصار حاله هذا الولد في
الحكم حال من لأب له
فينسب الى موالى الام وهذا
المعنى معدوم اذا كان الاب
حر لان الحرية حياة باعتبار
صفة المالكية والعرب
والعجم فيه سواء ووجه
قولهم ما ذكره في الكتاب
ومعنى قوله حتى اعتبرت
الكفاءة فيه ان الناس
يتفخرون بالعتاقة

قال (ومن تزوج من العجم بمعتقة من العرب فولدت له أولاد فولادها الموال لها عند أبي حنيفة رجه الله وهو قول محمد رجه الله) وقال أبو يوسف حكمه حكم أبيه لان النسب الى الاب كما اذا كان الاب عرييا بخلاف ما اذا كان الاب عبد لانه هالك معنى ولهما ان ولاد العتاقة قوى معتبر في حق الأحكام حتى اعتبرت الكفاءة فيه والنسب في حق العجم ضعيف فانهم ضيعوا أنسابهم ولهذا لم تعتبر الكفاءة فيما بينهم بالنسب والقوى لا يعارضه الضعيف بخلاف ما اذا كان الاب عرييا لان أنساب العرب قوية معتبرة في حكم الكفاءة والعقل كما أن تناصرهم بها فأغنت عن الولاء قال رضى الله عنه الخلاف في مطلق المعتقة والوضع في معتقة العرب وقع اتفاقا (وفي الجامع الصغير ينطى كافر تزوج بمعتقة كافرة ثم أسلم النبطي ووالى رجلا ثم ولدت أولادا قال أبو حنيفة ومحمد وموالى أمهم وقال أبو يوسف وموالى أمهم) لان الولاد وان كان أضعف فهو من جانب الاب فصار كل ولد بين واحد من الموالى وبين العربية ولهما أن ولاد الموالاة أضعف حتى يقبل الفسخ وولاد العتاقة لا يقبله والضعيف لا يظهر في مقابلة القوى

ويعتبر ونهاى الكفاءة
فإن له أب واحد في الحرية
لا يكون كفوا لمن له أبوان
فيها والنسب ليس كذلك
فان العجم قبل الاسلام لم
يعتبر وأذلك وكان تفاخرهم
بعمارة الدنيا حتى جعلوا
من له أب واحد في الامارة
كفوا لمن له أبوان في ذلك
قال المصنف رجه الله
(الخلاف في مطلق المعتقة)
وانما قال ذلك لان محمدا
رجه الله ذكر المعتقة مطلقا
حتى لو تزوج بمعتقة غير
العربي كان كذلك فكان
وضع القدورى في معتقة
العرب اتفاقا واذ كر لفظ

فأما (قوله بخلاف ما اذا كان الاب عبد لانه هالك معنى) لانه لا يملك شيئا ولان الرق أثر الكفر والكفر موت حكمي قال الله تعالى أومن كان ميتا فأحييناه أى كافر أهدىناه فصار هذا الولد كأنه لأب له فينسب الى موالى الام ضرورة كذا في الشروح (أقول) ههنا شئ وهو أنه ان كان المراد بكون العبد هالك معنى انه في حكم الميت كما هو الظاهر من قولهم لان الرق من أثر الكفر والكفر موت حكمي رد عليه أن مجرد موت الاب لا يمنع نبوت الولاد لموالى بل انما يظهر أثر الولاد لهم بعدموته اذ عند حياته هو مقدم عليهم وان كان المراد بذلك انه في حكم مجهول الابوة وان ولده في حكم مجهول النسب كما هو المتبادر من قولهم فصار هذا الولد كأنه لأب له ينتجه عليه أنه يلزم حينئذ أن لا يرث من هذا الولد من ينتهى اليه بأبيه العبد من الاقارب الاحرار كالاجداد والجدات على تقدير أن يبقى أبوه ذلك عبد الكونه في حكم مجهول النسب على الفرض المزبور والظاهر ان الامر ليس كذلك اذ قد تقر في كتب الفرائض أن المهر من الميراث كالكافرو والقائل والرقى لا يحجب من هو أبعد منه عند امتناع جميعا بل يرث الابعد عنده حرمان الاقرب فالاولى ههنا يقال بخلاف ما اذا كان الاب عبد لانه لا أهلية له لرقه كما مر فا لم تحصل الأهلية له بزوال رقه لا يثبت الولاد له ولا لموالى سواء كان حيا أو ميتا تدبر (قوله ولهما أن ولاد العتاقة قوى معتبر في حق الأحكام حتى اعتبرت الكفاءة فيه والنسب في حق العجم ضعيف فانهم ضيعوا أنسابهم ولهذا لم تعتبر الكفاءة فيما بينهم بالنسب والقوى لا يعارضه الضعيف) أقول انا قل أن يقول ظاهر هذا التعليل يقتضى أن يكون موالى الام في هذه الصورة مقدمين في الارث على العصبات النسبية لا ولادها بل على أصحاب الفرائض لهم اذ لا شك أن استحقاق كل من العصبات النسبية وأصحاب

الجامع الصغير بيان أن محمد رجه الله ذكر المعتقة مطلقا ولا شمله على ولاد الموالاة وذلك واضح في
الكتاب (قوله كل ولد بين واحد من الموالى) يعنى العجم فان العجمي اذا تزوج بعربية فولدت أولادا فانها تنسب الى قوم أبيهم فكذا
اذا كانت معتقة لان النسبة الى الام ضعيفة

(قوله لادوى أرحامه) أقول الظاهر أن يقال أرحامهم (قوله ولانه أثر الكفر) أقول يعنى الرق (قوله حتى اعتبرت الى قوله والنسب ليس كذلك) أقول فيه بحث (قوله وانما قال ذلك) أقول يعنى وانما قال المصنف ذلك

وقوله (وان كان الابوان) أي الوالدان (معتقين) راجع الى أول الخلاف يعني ان كانت الام معتقة والاب والى رجل اففيه الخلاف وأما اذا كان الوالدان معتقين (ف) قد أجعوا أن (النسب الى قوم الاب لاستوائهما والترجيح لجانبه لشبهه بالنسب) قال صلى الله عليه وسلم الولاء لجهة كل عمة النسب وفي حقيقة النسب يضاف الولد الى الاب في الشرف والدناءة فكذلك في الولاء لان النصرانية أي بالاب أكثر قال (وولاء العتاقة تعصيب) التعصيب هو جعل الانسان عصبة ومنه قولهم الذ كرى عصب الانثى (وهو) أي مولى العتاقة (أحق بالميراث من العمة والخالة لقوله صلى الله عليه وسلم الذي اشترى عبدا فأعتقه هو أخوك ومولاك ان شكرك فهو خير له وشرك وان كفرك فهو خير لك وشركه ولو مات ولم يترك وارثا كنت أنت عصبة) قوله هو أخوك يعني في الدين وقوله ان شكرك يعني ان شكرك بالمجازاة على صنيعك فهو خير له لانه انتدب الى ما ندب اليه وشرك لانه وصل اليك بعض الثواب في الدنيا فتقص بقدره من ثواب الآخرة وان كفرك فهو خير لك لانه يبق لك ثواب العمل كله في الآخرة وشركه لانه كفر النعمة وقوله كنت أنت عصبة يدل على أن المراد ولم يترك عصبة حيث لم يقل كنت وارثه (وورث النبي صلى الله عليه وسلم ابنة جزة رضى الله عنها) (٢٨٧) على سبيل العصوبة مع قيام وارث)

هي بنت الميت وذلك لان النبي صلى الله عليه وسلم أعطى بنت الميت النصف والباقي لبنت جـزة والعصبة هو الذي يأخذ ما أبقت الفرائض (واذا كان عصبة تقدم على ذوى الارحام وهو المروى عن علي رضي الله عنه فان كان للعتق عصبة من النسب فهو أولى من المعتق) لان المعتق آخر العصبات وهذا لان قوله عليه الصلاة والسلام ولم يترك وارثا قالوا المراد منه وارث هو عصبة بدليل الحديث الثاني فتأخر عن العصبة ذوى الارحام قال (فان كان للعتق عصبة من النسب فهو أولى) لما ذكرنا (وان لم يكن له عصبة من النسب فغيره للمعتق) تأويله اذا لم يكن هناك صاحب فرض ذو حال أما اذا كان فله الباقي بعد فرضه لانه عصبة على ما روينا وهذا لان العصبة من يكون التنصير به لبيت النسبة وبالمولى الانتصار على مامر والعصبة تأخذ ما بقي (فان مات المولى ثم مات المعتق فغيره لبيت المولى دون بناته وليس للتساء من الولاء الا ما اعتقن أو أعتقن أو كاتبن أو كاتب من كاتبن) بهذا اللفظ ورد الحديث عن النبي صلى الله عليه وسلم وفي آخره وأجر ولا معتقهن وصورة الجـزة منهاها

وان كان الابوان معتقين فالنسبة الى قوم الاب لانهما استويا والترجيح لجانبه لشبهه بالنسب أولان النصرانية أكثر قال (وولاء العتاقة تعصيب وهو أحق بالميراث من العمة والخالة) لقوله عليه الصلاة والسلام الذي اشترى عبدا فأعتقه هو أخوك ومولاك ان شكرك فهو خير له وشرك وان كفرك فهو خير لك وشركه ولو مات ولم يترك وارثا كنت أنت عصبة وورث ابنة جزة رضى الله عنها على سبيل العصوبة مع قيام وارث (واذا كان عصبة تقدم على ذوى الارحام وهو المروى عن علي رضي الله عنه فان كان للعتق عصبة من النسب فهو أولى من المعتق) لان المعتق آخر العصبات وهذا لان قوله عليه الصلاة والسلام ولم يترك وارثا قالوا المراد منه وارث هو عصبة بدليل الحديث الثاني فتأخر عن العصبة ذوى الارحام قال (فان كان للعتق عصبة من النسب فهو أولى) لما ذكرنا (وان لم يكن له عصبة من النسب فغيره للمعتق) تأويله اذا لم يكن هناك صاحب فرض ذو حال أما اذا كان فله الباقي بعد فرضه لانه عصبة على ما روينا وهذا لان العصبة من يكون التنصير به لبيت النسبة وبالمولى الانتصار على مامر والعصبة تأخذ ما بقي (فان مات المولى ثم مات المعتق فغيره لبيت المولى دون بناته وليس للتساء من الولاء الا ما اعتقن أو أعتقن أو كاتبن أو كاتب من كاتبن) بهذا اللفظ ورد الحديث عن النبي صلى الله عليه وسلم وفي آخره وأجر ولا معتقهن وصورة الجـزة منهاها

الفرائض بالقرابة النسبية واذا كان النسب في حق العجم ضعيفا لا يصلح أن يعارض ولاء العتاقة قدرى أن لا يعارض أحد من العجم في الارث بجهة نسبته سواء كانت تلك الجهة جهة العصوبة أو جهة الفرض موالى اعتساق لقوة ولاء العتاقة وضعف النسب في حق العجم مع أن المسئلة في الارث ليست كذلك اذ قد تقر في كتب الفرائض وسيجيء في نفس هذا الكتاب أيضا أن موالى العتاقة مطلقا مؤخرون في الارث عن أصحاب الفرائض وعن العصبات النسبية وانما يقدمون على ذوى الارحام فليتأمل في التوجيه

ذوى الارحام (وان لم يكن له) أي للمعتق (عصبة من النسب فغيره للمعتق تأويله) أي تأويل قول القدوري (اذا لم يكن هناك صاحب فرض ذو حال أما اذا كان فله الباقي بعد فرضه) وذكرنا هذه الجملة تأويلين أحدهما ان معنى قوله فرض ذو حال سوى حال الفرض كالاب والجد فان لهم ما لا سوى حال الفرض وهي العصوبة أما اذا كان فله أي قلل هذا الوارث الباقي بالعصوبة وليس للمعتق شيء والثاني ان معناه ذو حال واحد كالبنات أما اذا كان مثل ذلك فله للمعتق الباقي بعد فرض ذلك الوارث قال صاحب النهاية والثاني أوجه لانه علل قوله فله الباقي بعد فرضه بقوله (لانه عصبة على ما روينا) وهو إشارة الى قوله ولو مات ولم يترك وارثا كنت أنت عصبة وهو واضح وقوله (وهذا) إشارة الى قوله لانه عصبة يعني انما كان عصبة (لان العصبة من يكون التنصير به لبيت النسبة) أي القيمة وتقريره بالعصبة من يكون انتصار القيمة به وبالمولى يكون الانتصار على مامر في أول كتاب الولاء وهو قوله وكانت العرب تتناصر بأشياء وقرر النبي صلى الله عليه وسلم تناصرهم بالولاء بنوعيه وقوله (والعصبة تأخذ ما بقي) تمام الدليل وتقريره فله الباقي لانه عصبة والعصبة تأخذ الباقي (فان مات المولى ثم مات المعتق فغيره لبيت المولى دون بناته) لما ذكرنا في الكتاب وقوله (قدمناها) إشارة الى قوله فان ولدت بعد عتقها لا أكثر من ستة أشهر الى أن قال جـز الاب ولاء ابنة جـز ذكر جـز المعتق ومعتق المعتق في النهاية تأقلا عن الذخيرة فليطلب عنه

(قوله التعصيب هو جعل الانسان عصبة الخ) أقول والتظاهر أن المصدر هنا يعنى الفاعل

(قوله ولأن ثبوت المالكية الخ) دليل معقول على ثبوت الولاء من أعتق أو أعتق من أعتق وتقرر به ثبوت المالكية والقوة في المعتقد من جهة المعتقد وهو ظاهر وكل من ثبت من جهته شيء ينسب إليه لانه عليه اذ ذلك فثبوت المالكية ينسب اليها بالولاء وينسب اليها من ينسب الى مولاه لان معتق المعتقد ينسب الى معتقه بالولاء وفي ذلك لافرق بين الرجل والمرأة بخلاف النسب فانه لا يثبت الا من الآباء لان سبب النسبة فيه القرائش والقراش انما هو الزوج لانه المال والمراة مملوكة وليس حكم ميراث المعتقد مقصورا على بنى المولى بل هو لعصبته الاقرب فالاقرب لان الولاء لا يرث حتى يكون لاصحاب الفروض منه نصيب وانما الولاء باعتبار النصرة فيخلفه فيه من تكون به النصره والنصرة بالذكور دون الاناث حتى لو ترك المولى ابوا وابنا فالولاء لان عند أبي حنيفة ومحمد رجعهما الله وضو ربه امرأة أعتقت عبدا ثم مات عن ابن وأب ثم مات العبد فغير انه الابن خاصة عندهما وهو قول أبي يوسف وأولاهم رجع فقال لايهم السدس والباقي للابن لان الاولاد تستحق بها كالبنيوة لان الولاء يستحق بالعصوبة والاب عصبه عند عدم الابن ووجود الابن لا يوجب حرمان الاب ولهذا لم يصرح وما عند ميراثها فكذا (٣٨٨)

ترك المولى ابنا وبني ابن آخر
عمر وعلى وابن مسعود و
ابن صغيرا وكبيراً ثم مات المولى
فصل في ولاد المولاة
فان للمولى فيه أن ينتقل قبل
(قوله وكل من ثبت من جهة
لانه راجعان الى من والضمير
عند انتم مات) قوله والابن
أقول يعني مع الجد (قوله
المعتق على صفة المفعول

فصل في ولاء الموالاة **آخر ولاء الموالاة عن ولاء العتاقة** لأن ولاء العتاقة قوي لأنه غير قابل للتحويل والانتقال في جميع الأحوال بخلاف ولاء الموالاة فإن المولى فيه أن ينتقل قبل العقل ولا ينجس بوجدي ولاء العتاقة إلا أحياء الحسنى ولا يوجد في ولاء الموالاة أحياء أصلاً ولا أن ولاء العتاقة متفق عليه في أنه سبب للارث وأنه مقدم على ذوى الأرحام بخلاف ولاء الموالاة فإن الشعبي لم يقل بولاء الموالاة وقال لا ولاء إلا ولاء العتاقة وبه أخذ الشافعي ومالك وأحمد ثم ان معنى مطلق الولاء لغة وشريعة قد تقدم في صدر كتاب الولاء وتفسير هذا الولاء على ما ذكر في الذخيرة وغيرهما هو أن يسلم رجل على يد رجل فيقول للذي أسلم على يده أو لغيره واليتك على أنى ان مت فإرائى لك وان جيت فعقلى عليك وعلى عاقلتك وقبل الآخر منه قال في العتابة والنهاية وله ثلاث شرائط أحدها أن يكون مجهول النسب بأن لا ينسب إلى غيره وأما نسبة غيره

المعنى للابن دون بنى الابن لان الولاء الكبير هو المروى عن عدة من الصحابة
 هم رضى الله عنهم ومعنى الكبر القرب في العصبية لافى السن على ما قالوا الا نرى أن المعنى اذا مات وترك
 فالاولاء بينهم ما نه فيه لاستوائهم فى القرب الى الميت من حيث النسب والصلب اقرب فيستحق الجميع
 ولولاء الموالاة عن وللاء العتاقة لان وللاء العتاقة لكونه غير قابل للتحويل كان أقوى بخلاف وللاء الموالاة
 بل ومعنى الولاء قد تقدم لغة واصطلاحاً

(قوله وكل من ثبت من جهة شيء ينسب اليه لانه عليه) أقول المستتر في قوله ينسب راجع الى قوله شيء ، والضمير في قوله اليه وفي قوله لانه راجعان الى من وثبت من جهة شيء (قوله وصورته امرأة أعتقت عبدا) أقول وكذا الجواب في رجل أعتق عبدا ثم مات (قوله والابن هو العصبه دون الاب) أقول فضلا لأن يكون أقرب العصبات (قوله لانه لا يورث الاخوة والاخوان) أقول يعني مع الجد (قوله ولو أن امرأة أعتقت الخ) أقول أو رجلا أعتق عبدا (قوله لانه من قوم أبيها) أقول ضمير لانه راجع الى المعتق على صفة المفعول

وصورة هذا الولاء أن يتقدم رجل ويسلم على يد رجل ويقول له أو غيره واليتك على أني ان كنت غيري لا وأذا جئت فعقل عليك وعلى عاقلتك وقبل الآخر منه وله ثلاث شرائط أحدها أن يكون مجهول النسب بأن لا ينسب إلى غيره وأما نسبة غيره إليه فغير مانع والثانية أن لا يكون له ولاء عتاقه ولا ولاء موالاته مع أحد وقد عقل عنه (٣٨٩) والثالثة أن لا يكون عربياً فإن قبل من شرط العقد عقل الأعلى

وحرية فإن موالاته الصبي والعبد باطله فكيف جعل الشرائط ثلاثاً أحجب بأن المذكورة أنما هي الشرائط العامة المحتاج إليها في كل واحدة من الصور وأما ما ذكرنا فأنما هو نادر فلم يذكره وأما حكمه فهو وجوب العقل على عاقلته الأعلى إذا جنى الأسفل واستحقاق ميراثه إذا مات عن غير وارث وكلامه في الفصل واضح لا يحتاج إلى تنسيب

(قوله وله ثلاث شرائط أحدها الخ) أقول صرحوا بأن الابن أن يعقد الموالاته أو يتحول بموالاته إلى غير مولى الأب إذا لم يعقل المولى عن أبيه فهذا الشرط لا يوافق (قوله والثالثة أن لا يكون عربياً) أقول فيه بحث فإن الشرط الأول يغني عن هذا (قوله) فإن قبل من شرط العقد عقل الأعلى وحرية (قوله) فيه بحث فإن العقل والحرية أيضاً يحتاج إليهما في كل واحدة من الصور وأذن الولي والمولى (قوله) فإن موالاته الصبي والعبد باطله

قال (وإذا أسلم رجل على يد رجل ووالاه على أن يرثه ويعقل عنه أو أسلم على يد غيره ووالاه فالولاء صحيح وعقله على مولاه فإن مات ولا ورث له غيره غير أنه للمولى) وقال الشافعي رحمه الله الموالاته ليس بشيء لأن فيه إبطال حق بيت المال ولهذا لا يصح في حق وارث آخر ولهذا لا يصح عنده الوصية بجميع المال وإن لم يكن للصبي وارث لحق بيت المال وإنما يصح في الثلث ولنا قوله تعالى والذين عقدت أيمانكم فآؤهم نصيبهم والآن في الموالاته وسئل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن رجل أسلم على يد رجل آخر ووالاه فقال هو أحق الناس به بحياه ومماته وهذا يشير إلى العقل والارث في الخاتين هاتين ولأن ماله حقه فيصرفه إلى حيث شاء والصرف إلى بيت المال ضرورة عدم المستحق لأنه مستحق

إليه فغير مانع والثانية أن لا يكون له ولاء عتاقه ولا ولاء موالاته مع أحد وقد عقل عنه والثالثة أن لا يكون عربياً انتهى (أقول) فيه كلام أما أولاً فلأن الشريطة الأولى تغني عن الشريطة الثالثة إذ لجهة في نسب العرب فيظهر باشتراط كون المولى مجهول النسب اشتراط أن لا يكون عربياً لأن لا يكون ذلك كالثالثة استقلالاً من قبيل التصريح بمعاملة التزما وأما ثانياً فلأنه إن أريد حصر شرائط الولاء في هذه الثلاث كما هو المتبادر من ذكر العدد في أمثال هذا المقام فليس بصحيح إذ من شرائطه أيضاً شرط الارث والعقل كما صرح به المصنف فيما بعد حيث قال ولا بد من شرط الارث والعقل كما ذكر في الكتاب وصرح به في الكافي أيضاً حيث قال وإنما يصح ولاء الموالاته بشرائط منها أن يشترط الميراث والعقل وصرح به صاحب الكفاية أيضاً حيث قال وله شرائط وعدمها أن يشترط الارث والعقل وإن لم يرد حصر شرائطه في هذه الثلاث لا يكون تخصيص هذه الثلاث بالذكر خالياً عن الفائدة ويكون ذكر العدد عبثاً ولا يكون للسؤال والجواب اللذين ذكرهما صاحب العناية متصلاً بذلك كما ستعرفهما وجه لأن مدارهما على إرادة الحصر والألا يتوجه ذلك السؤال رأساً فلا يحتاج إلى الجواب عنه أصلاً وقال في العناية فإن قيل من شرط العقد عقل الأعلى وحرية فإن موالاته الصبي والعبد باطله فكيف جعل الشرائط ثلاثاً أحجب بأن المذكورة أنما هي الشرائط العامة المحتاج إليها في كل واحدة من الصور وأما ما ذكرنا فأنما هو نادر فلم يذكره (أقول) في هذا الجواب خلل فإن كل واحد من عقل الأعلى وحرية أيضاً من الشرائط العامة المحتاج إليها في كل واحد من صور الموالاته إذ لا شك أن عقد الموالاته لا يصح بدون عقل المتعاقدين في شيء من الصور إذ لا يتصور الإيجاب والقبول بدون العقل وكذا لا يجوز موالاته العبد أصلاً لا بغير إذن مولاه وإن أذن له موالاته في القبول كان عقده كعقد مولاة فيكون الولاء للمولى نص عليه في المبسوط وغيره فلامعنى لقوله وأما ما ذكرنا فأنما هو نادر فلم يذكره ثم إن في تقرير السؤال أيضاً خللاً فإن تقييد العقل بعقل الأعلى في قوله من شرط العقد عقل الأعلى مما لا وجه له لأن عقل الأسفل أيضاً شرط العقد إذ لا يتصور الإيجاب بدون العقل كما لا يتصور القبول بدون عقل الأسفل أيضاً حيث قال وأما شرائط عقد الموالاته فقيل العاقدان إذ لا صحة للإيجاب والقبول بدون العقل انتهى وكذا تقييد الحرية بالأضافة إلى ضمير الأعلى في قوله وحرية مما لا وجه له إذ حرية الأسفل أيضاً شرط بل هي أظهر

(٣٧ - تكمله سابع)

أقول أما الصبي فلا يملك من أهل النصرة ولهذا لا يدخل في العاقلة وأما العبد فهو أيضاً لا يملك التزام النصرة إلا بآذن مولاه (قوله فإن موالاته الصبي الخ) أقول قال الحاكم في الكافي وموالاته الصبي باطله وكذا إن والى رجل عبداً الآن يكون ذلك باذن المولى فيكون مولى له أو يوالى الصبي باذن الأب أو الوصي فيكون مولى للصبي اه (قوله) أحجب بأن المذكورة أنما هي الشرائط العامة الخ) أقول فيه بحث

خلا قوله (وان كان له وارث فهو أولى (٣٩٠) منه وان كان من ذوى الارحام) فانه اورد عليه بأنه ينبغي أن يكون الثلث للولى كما لو وصى

بكل ماله لا سخر وله وارث معروف وأجيب بأنه جعله بعقد الولاء وارثا عنه وفي سبب الوراثه ذوالقرابة أرجح لان القرابة متفق على ثبوتها شرعا وان اختلفوا في كونها سببا للارث وعقد الولاء مختلف في ثبوتها شرعا ولا يظهر الضعيف في مقابلة القوى فلا يظهر استحقاق المولى معه بهذا السبب في شئ من المال بخلاف الوصية بالثلث فانها حادثة في المال مقصودا فلا يمكن جعل الثلث له الأبطر ربي الوصية لانه ما أوجب له ذلك مقصودا ولا بطريق الارث لترجح استحقاق القريب عليه

قال المصنف (ولا بد من شرط الارث والعقل كما ذكر في الكتاب) أقول أشار به الى ما ذكره القدوري قبل هذا واذا أسلم الرجل على بدرجل ووالاه على أن يرثه ويعقل عنه واعترض الاتقاني على وجوب اشتراطهما في صحة العقد ولا يخفى على المتأمل دفع اعتراضه (قوله لان القرابة متفق) أقول بحيث يترتب عليها الأحكام كحرمة المصاهرة وجوب النفقة

قال (وان كان له وارث فهو أولى منه وان كانت عمة أو خالة أو غيرهما من ذوى الارحام) لان الموالاة عقد مافلا يلزم غيرهما وذو الرحم وارث ولا بد من شرط الارث والعقل كما ذكر في الكتاب لانه بالاتزام وهو بالشرط ومن شرطه أن لا يكون المولى من العرب لان تناصرهم بالقبائل فأغنى عن الموالاة قال (ولولى أن ينتقل عنه بولائه الى غيره مالم يعقل عنه) لانه عقد غير لازم بمنزلة الوصية وكذا لا على أن يتبرأ عن ولائه لعدم لزوم

اشتراطا من حرية الأعلى لانه لا يجوز إيجاب العبد عقد الموالاة ولو أذن له مولاه في ذلك ويجوز قبوله إياه باذن مولاه ويصير الولاء لمولاه كما صرح حوايه وأيضاً لوجه ترك ذكر البالوغ في أثناء تقرير السؤال فانه من شرط عقد الموالاة كالعقل والحرية نص عليه في المبسوط والبدائع مع أن قوله فان موالاة الصبي في قوله فان موالاة الصبي والعبد باطله أوفق باشتراط البلوغ من اشتراط العقل فان الصبي قد يكون عاقلاً فلا يمكن بطلان موالاته لعدم عقله بل كان لعدم بلوغه كما لا يخفى (قوله ولا بد من شرط الارث والعقل كما ذكر في الكتاب) أشار به الى ما ذكره القدوري في مختصره بقوله واذا أسلم الرجل على بدرجل ووالاه على أن يرثه ويعقل عنه وقد مر من قبل واعترض صاحب غايه البيان على وجوب اشتراط الارث والعقل في صحة عقد الموالاة حيث قال قال الحاكم الشهيد في مختصر الكافي قال ابراهيم النخعي اذا أسلم الرجل على بدرجل ووالاه فانه يرثه ويعقل عنه وله أن يتحول بولائه الى غيره مالم يعقل عنه فاذا عقل عنه لم يكن له أن يتحول الى غيره وهذا قول أبي حنيفة وأبي يوسف ومحمد وهذا لفظ الكافي بعينه وهذا يدل على أن شرط الارث والعقل ليس بموقوف عليه صحة الموالاة بل مجرد العقد كاف بأن يقول أحدهما واليتك والآخر قبلت لان الحاكم لم يذكر الارث والعقل شرطاً لصحة الموالاة بل جعله ما حكم الله به بعد صحته فافهم ويدل على ما قلنا قول القدوري في مختصره أو أسلم على بدغيره ووالاه بوضعه قول صاحب النفقة وتنسب عقد الموالاة من أسلم على بدرجل وقال له أنت مولاي ترثني اذا مات وتعتقل عني اذا جنيت وقال الآخر قبلت فينعتق دينهما عقد الموالاة وكذلك اذا قال واليتك والآخر قبلت وكذا اذا عدهم مع رجل غير الذي أسلم على يده الى هنا لفظ التحفة انتهى كلام صاحب الغاية (أقول) لا يذهب على ذي فطرة سليمة أن شيئاً مما ذكره لا يدل على عدم اشتراط الارث والعقل في صحة عقد الموالاة أما ما نقله عن الكافي للحاكم الشهيد فلانه يجوز أن يكون عدم وقوع التصريح باشتراطهما هنا بناء على ظهور رفض الموالاة اشتراطهما ما فيكون قوله ووالاه في قوله اذا أسلم الرجل على بدرجل ووالاه مغنياً عن ذلك فلا يدل على أن مجرد أن يقول أحدهما واليتك والآخر قبلت كاف في تمام عقد الموالاة وجعل نفس الارث والعقل حكماً للوالاه لا ينافي كون ذكرهما في العقد شرطاً لصحة العقد كما لا يخفى وأما قول القدوري في مختصره أو أسلم على بدغيره ووالاه فلانه لا شك أن مراد القدوري بقوله ذلك انما هو بيان أن الاسلام على يده ليس بشرط فيها وأما قول صاحب النفقة فلأن محل وهم عدم اشتراط الارث والعقل انما هو قوله وكذلك اذا قال واليتك والآخر قبلت ويجوز أن يكون مراده بذلك وكذلك اذا قال واليتك بدل قوله أنت مولاي فقط لا يدل مجموع قوله أنت مولاي ترثني اذا مات وتعتقل عني اذا جنيت فلا دلالة على عدم اشتراطهما وبالجملة ان عدم التصريح بشرط عند تفسير عقد الموالاة وبيان صورة الموالاة لا يدل على عدم اشتراط ذلك اذ يجوز أن يكون عدم التصريح به بناء على ظهوره من بيانهم إياه على الاستقلال لا يرى أن لصحة عقد الموالاة شرائط كثيرة ككون المولى مجهول النسب وكونه غير معتق وكونه غير عر بي وغـير ذلك مع أنهم لم

في مثل العمة والخالة وغيرهما (قوله وعقد الولاء مختلف الخ) أقول بحيث يترتب عليه الأحكام (قوله فانها بصرحوا خلافة في المال الخ) أقول الظاهر أن يقال استخلاف بدل قوله خلافة

وخلافة قوله (الأنه يشترط في هذا أن يكون محض من الآخر كما في عزل الوكيل) فإنه أورد (٢٩١) عليه بأن سبب اشتراط حضرة الوكيل

في حق العزل ظاهر وهو
تضرر الوكيل بسبب
الضمان عند رجوع
الحقوق عليه اذا كان نقد
من مال الموكل على ما
في الوكالة فامعنى اشتراط
توقف الفسخ ههنا على

حضرة كل واحد من الأعلى
والأسفل وأجيب بأن سبب
الاشتراط ههنا هو السبب
هناك وهو دفع الضرر فان
العقد كان بينهما وفي تفرد
أحدهما الزام الفسخ على
الآخر بدون علمه والزام
شيء على الآخر من غير
علمه به نفسه ضرر لا محالة
لان فيه جعل عقد الرجل
العاقل البالغ كالعقد
وفيه ابطال فعله بدون علمه
وخلافة قوله (لأنه فسخ حكمي
بمنزلة العزل الحكمي في
الوكالة) فان عزل الوكيل
حال غيبته مقصود الايصاح
وحكما يصح كالموكل أعني
العبد الذي وكاه يبيعه فإنه
أورد عليه لماذا يجعل صحة
العقد مع الثاني موجبة
فسخ العقد الاول وأجيب
بأن الولاء كالنسب والنسب
مادام ثابتا من انسان
لا يتصور ثبوته من غيره
فكذلك الولاء فعرفنا أن
من ضرورة صحة العقد مع
الثاني بطلان العقد الاول
ذكر ذلك كله في النهاية والله
سبحانه وتعالى أعلم بالصواب

الأنه يشترط في هذا أن يكون محض من الآخر كما في عزل الوكيل قصد بخلاف ما اذا عقد الأسفل
مع غيره بغير محض من الاول لأنه فسخ حكمي بمنزلة العزل الحكمي في الوكالة قال (واذا عقل عنه لم يكن
له أن يتحول بولائه الى غيره) لانه يتعلق به حق الغير ولانه قضى به الفاضل ولانه بمنزلة عوض ناله كالعوض
في الهبة وكذا لا يتحول ولده وكذا اذا عقل عن ولده لم يكن لكل واحد منهما أن يتحول لانهم
في حق الولاء كشخص واحد قال (وليس لمولى العتاقة أن يوالى أحدا) لانه لازم ومع بقائه
لا يظهر الأدنى

يصح جوابي من ذلك عند تفسير عقد الموالاة وبيان صورته (قوله الأنه يشترط في هذا أن يكون
محض من الآخر كما في عزل الوكيل قصدا) أورد عليه بأن سبب اشتراط حضرة الوكيل في حق العزل
ظاهر وهو تضرر الوكيل بسبب الضمان عند رجوع الحقوق عليه اذا كان نقد من مال الموكل على
ما في الوكالة فامعنى اشتراط توقف الفسخ ههنا على حضرة كل واحد من الأعلى والأسفل وأجيب
عنه بوجهين أحدهما أن سبب الاشتراط ههنا هو السبب هناك وهو دفع الضرر فان العقد كان بينهما
وفي تفرد أحدهما الزام الفسخ على الآخر بدون علمه ونفس الزام أحدهما حكم الفسخ على الآخر
بدون علمه ضرر لا محالة لان فيه جعل عقد الرجل العاقل البالغ كالعقد وفيه ابطال فعله فلا يجوز
بدون العلم كذا في الشروح وقال في النهاية وهذا الوجه هو الذي اختاره في المبسوط وقصر صاحب
العناية ذكر الجواب على هذا الوجه فكانه اختاره أيضا (أقول) هذا الوجه يحمل الكلام
فان كون نفس الزام الفسخ على الآخر ضررا أمر ظاهر لما ذكر من أن فيه ابطال فعل العاقل البالغ
وأما مدخلية عدم علم الآخر بذلك الزام في كونه ضررا فغير ظاهر اذ على تقدير علم الآخر به ليس له
قدرة على دفع ذلك عن نفسه لاستقلال كل واحد منهما في فسخ العقد عند علم الآخر بل لا ريب
في تحقيق ابطال فعل الآخر في صورة العلم أيضا بالضرورة والظاهر أن علم الانسان بالامر الذي
يكراهه ولا يقدر على دفعه لا يجدي شيئا فاذن لم يظهر كون سبب اشتراط توقف الفسخ ههنا على
حضرة كل واحد منهما مدفع الضرر على هذا الوجه اللهم إلا أن يقال دفع الضرر وان لم يتعين ههنا كما
تعيين في صورة العزل عن الوكالة لأنه مما يحتمل بارضاء الآخر بالبر والمجازا لكن فيه ما فيه فتأمل
وثانيهما ان فسخ أحدهما هذا العقد بغير محض من صاحبه يتضمن اضرارا بصاحبه أما اذا كان
الفسخ من الأسفل فلأنه بجماعت الأسفل فيجب الأعلى ان ماله صار ميراثا له فيصرف فيه فيصير
مضمونا عليه وأما اذا كان الفسخ من الأعلى فلا أن الأسفل رعا يعق عبيدا على حساب أن
عقل عبيده على مولاه ولو صح فسخ الأعلى يجب العقل على الأسفل بدون علمه فيتضرر كذا في النهاية
ومعراج الدراية نقلنا عن الذخيرة (أقول) هذا الوجه في الجواب هو الصواب لان حاصله أن في الفسخ
بدون علم صاحبه ضررا لا غترار وفي الاعلام دفع ذلك فلا بد منه ولا ريب أن هذا معقول المعنى (قوله
لأنه فسخ حكمي بمنزلة العزل الحكمي في الوكالة) قيل عليه لماذا يجعل صحة العقد مع الثاني موجبة
بطلان العقد الاول قلنا ان الولاء كالنسب والنسب مادام ثابتا من انسان لا يتصور ثبوته من غيره
فكذلك الولاء فعرفنا ان من ضرورة صحة العقد مع الثاني بطلان العقد الاول كذا في عامة الشروح
والكافي وعزاه في النهاية ومعراج الدراية الى المبسوط (أقول) في الجواب بحث من وجهين الاول
ان قولهم والنسب مادام ثابتا من انسان لا يتصور ثبوته من غيره ممنوع فإنه اذا كانت الامة بين شريكين
فجاءت بولد فادعياه ثبتت نسبة منها عندنا كما في باب الاستيلاء من كتاب العتاق مدلا ومشرحا

(قوله وخلافة قوله (الأنه الخ) أقول معطوف على قوله خلافي قوله وكلامه في الفصل واضح لا يحتاج الى تفسير خلافة قوله وان كان له وارث
(قوله وخلافة قوله (لأنه فسخ حكمي) أقول وهذا القول معطوف أيضا على قوله خلافا لما سبق

﴿ كتاب الاكراه ﴾

قيل الموالاة تغير حال المولى الأعلى عن حرمة كل مال المولى الأسفل بعدموته إلى حكمه كأن الاكراه يغير حال المخاطب من الحرمة إلى الحل فكان مناسباً أن يذكروا الاكراه عقيب الموالاة وهو في اللغة عبارة عن حمل الانسان على شيء يكرهه يقال أكرهت فلاناً أي جلته على أمر يكرهه وفي اصطلاح (٢٩٢) الفقهاء عماد كرهه بقوله اسم لفعل بفعله المرء بغيره فينتفي به رضاه أو يفسد به

﴿ كتاب الاكراه ﴾

قال (الاكراه يثبت حكمه اذا حصل عن بقدر على ايقاع ما توعد به سلطاناً كان أو لاصلاً) لان الاكراه اسم لفعل بفعله المرء بغيره فينتفي به رضاه أو يفسد به اختياره

والثاني ان قياس الولاء على النسب يقتضي أن لا يصح عقد الولاء مع الثاني بعد أن يصح مع الاول اذا النسب لا يتصور ثبوته من انسان بعد ثبوته من آخر فينتفي أن يكون الولاء كذلك على مقتضى القياس فمن أين يتصور الاستدلال بحجة عقد الولاء مع الثاني على بطلان عقده مع الاول * ثم أقول يمكن أن يجاب عن الاول بأن المراد أن النسب مادام ثابتاً من انسان أو لا لا يتصور ثبوته من غيره ثانياً وثبوت نسب ولله الامه المشتركة بين رجلين منهما انما هو فيما ادعياه معا وأما اذا ادعاه أحدهما أولاً والآخر ثانياً فاعلم ان ثبت نسبه من الاول دون الثاني كما فصل في باب الاستيلاء من كتاب العتاق وعن الثاني بأن القياس في مجرد عدم صحة اجتماع ثبوته للشخصين في حالة واحدة اذا كان ثبوته لهما على سبيل التعاقب لا في عدم صحة الانتقال من أحدهما إلى الآخر فإنه أمر آخر ناشئ من كون الثابت لازماً وعقد الولاء عقد غير لازم فيخالف النسب من هذه الحينية فلهذا يصح الانتقال فيه دون النسب فتأمل والله الموفق

﴿ كتاب الاكراه ﴾

قيل في مناسبة الوضع لمذاكر وللاء العتاقه لمناسبة المكاتب وذ كرولاء الموالاة لمناسبة وللاء العتاقه لاق ايراد الاكراه عقيب وللاء الموالاة لمناسبة أن في كل منهما تغير حال المخاطب من الحرمة إلى الحل فان وللاء الموالاة يغير حال المخاطب الذي هو المولى الأعلى من حرمة تناول مال المولى الأسفل بعدموته إلى حله بالارث فكذلك الاكراه يغير حال المخاطب الذي هو المكروه من حرمة المباشرة إلى حلها في عامة المواضع ثم ان الاكراه في اللغة عبارة عن حمل الانسان على شيء يكرهه يقال أكرهت فلاناً كراهي أي جلته على أمر يكرهه وأما في اصطلاح الفقهاء فنقد في المبسوط ان الاكراه اسم لفعل بفعله المرء بغيره فينتفي به رضاه أو يفسد به اختياره من غير أن ينعدم به الاهلية في حق المكروه أو يسقط عنه الخطاب فان المكروه مبتلى والابتلاء يقرر الخطاب ألا يرى أنه متردد بين فسر وحظر وباحة ورخصة وبأنهم مرة ويؤجر أخرى وهو آية الخطاب وذ كرفي الايضاح ان الاكراه فعل بوجده من المكروه فيحدث في المحل معنى فيصير به مدفوعاً إلى الفعل الذي طلب منه وذ كرفي الوافي انه عبارة عن تهديد القادر بغيره على ما هدمه بكرهه على أمر بحيث ينتفي به الرضا كذا في النهاية ومعراج الدراية وقال في النهاية ولأن ان تختار من هذه الثلاث أي هاشت قلت وقد اختار المصنف عبارة المبسوط كما ترى وسيجي ما يتعلق بتفسيرها وأما شرطه وحكمه فيأتي في الكتاب أثناء المسائل (قوله لان الاكراه اسم لفعل بفعله المرء بغيره) قال صاحب العناية وتفسيره أن يحمل المرء بغيره على المباشرة جلا ينتفي به رضاه وهو أعم من أن وخفاء القرينة على تقدير

اختياره مع بقاء أهليته وتفسيره أن يحمل المرء بغيره على المباشرة جلا ينتفي به رضاه وهو أعم من أن يكون مع فساد اختيار أو مع عدمه وهو إشارة إلى نوعي الاكراه أو يفسد به اختياره وذلك يستلزم نفي عدم الرضا وهو إشارة إلى القسم الآخر لكن لا بد من تقدير لافي أو يفسد به اختياره فذلك أنواع الاكراه الثلاثة وموضعه أصول الفقه

﴿ كتاب الاكراه ﴾

(قوله وتفسيره أن يحمل المرء بغيره على المباشرة) أقول فيكون في قوله اسم لفعل الخ مجاز (قوله وذلك يستلزم نفي عدم الرضا) أقول فيه ما لا يخفى الآن يقال الاستلزام بلا حظة مقابلة قوله أو يفسد لقوله ينتفي به رضاه اذ لو لم تصح المقابلة وفيه ما فيه (قوله لكن لا بد من تقدير لافي أو يفسد به اختياره) أقول لا يخفى عليك بعد ما ذكره وخفاء القرينة على تقدير

لا ولا يظهر أن المراد من قوله ينتفي به رضاه انتفاء الرضا فقط بدون فساد الاختيار بقرينة المقابلة وانما لم يتعرض يكون للقسم الثالث من اجل الاكراه بغير مبسوط أو حبس يوم على ما يجي بعدم ترتب أحكام الاكراه عليه قال المصنف (فينتفي به رضاه) أقول فقط دون أن يفسد به اختياره فإنه اذا قبل الخاص بالعام يراد بالعام ما عدا ذلك الخاص

وقوله (مع بقاء أهليته) إشارة إلى كون المكروه يسقط عنه الخطاب لأن الخطاب بالأهلية وإذا كانت الأهلية ثابتة كان المكروه مخاطباً وأما شرطه وحكمه فيأتي في أثناء الباب قال (الأكراه يثبت حكمه إذا حصل عن بقدر على إيقاع ما توعد به) شرط الأكراه حصوله من قادر على إيقاع ما توعد به (سلطاناً كان أو لاصاً) وخوف المكروه (٢٩٣) وقوعه بأن يغلب على ظنه أنه يفعله

ليصير بالأكراه محمولا على ما دعى إليه من المباشرة فإذا حصل بشرائطه يثبت حكمه على ما سيجي ومفصلا ولم يفرق بين حصوله من السلطان والاص (لأن تحققه يتوقف على خوف المكروه تحقيق ما توعد به ولا يخاف الا إذا كان المكروه قادرا على ذلك والسلطان وغيره عند تحقق القدرة سبحانه) عندهما (والذي قاله أبو حنيفة رحمه الله أن الأكراه لا يتحقق الا من السلطان لما أن المنفعة والقدرة لا تتحقق بدون المنفعة فقد قال المشايخ رحمه الله هذا اختلاف عصر وزمان لا اختلاف جهة وبرهان لان مناط الحكم القدرة ولم تكن في زمنه الا للسلطان ثم بعد ذلك تغير الزمان وأهله ثم كما تشترط قدرة المكروه لتحقيق الأكراه يشترط خوف المكروه وقوع ما به تدبه وذلك بأن يغلب على ظنه أنه يفعله ليصير به محمولا على ما دعى إليه من الفعل قال (وإذا أكره الرجل على بيع ماله أو على شراء سلعة أو على أن يقرر رجل بألف أو بواجب داره فأكرهه على ذلك بالقتل أو بالضرب الشديد أو بالحبس فباع أو اشتري فهو بالخيار إن شاء أمضى البيع وإن شاء فسخه ورجع بالبيع) لأن من شرط صحة هذه العقود التراضي قال الله تعالى الآن تكون تجارة عن تراض منكم

مع بقاء أهليته وهذا انما يتحقق إذا خاف المكروه تحقيق ما توعد به وذلك انما يكون من القادر والسلطان وغيره سبحانه عند تحقق القدرة والذي قاله أبو حنيفة أن الأكراه لا يتحقق الا من السلطان لما أن المنفعة والقدرة لا تتحقق بدون المنفعة فقد قالوا هذا اختلاف عصر وزمان لا اختلاف جهة وبرهان ولم تكن القدرة في زمنه الا للسلطان ثم بعد ذلك تغير الزمان وأهله ثم كما تشترط قدرة المكروه لتحقيق الأكراه يشترط خوف المكروه وقوع ما به تدبه وذلك بأن يغلب على ظنه أنه يفعله ليصير به محمولا على ما دعى إليه من الفعل قال (وإذا أكره الرجل على بيع ماله أو على شراء سلعة أو على أن يقرر رجل بألف أو بواجب داره فأكرهه على ذلك بالقتل أو بالضرب الشديد أو بالحبس فباع أو اشتري فهو بالخيار إن شاء أمضى البيع وإن شاء فسخه ورجع بالبيع) لأن من شرط صحة هذه العقود التراضي قال الله تعالى الآن تكون تجارة عن تراض منكم

يكون مع فساد اختيار أو مع عدمه وهو إشارة إلى قوع الأكراه ويقسده اختياره وذلك يستلزم في عدم الرضا وهو إشارة إلى القسم الآخر لكن لا بد من تقدير لافي أو يقسده اختياره وذلك أنواع الأكراه الثلاثة وموضعه أصول الفقه اه كلامه (أقول) قد خرج الشارح المذكور في تفسير كلام المصنف هذا عن سنن الصواب وسلك مسلكا لا يرتضيه أحد من ذوى الالباب وإن شئت ما هو التحقيق في هذا المقام فاستمع لما نتلو عليك من الكلام فاعلم أن الشائع المذكور في عامة الكتب من الأصول والقروع هو أن الأكراه نوعان نوع يعدم الرضا ويفسد الاختيار وذلك بأن يكون بقتل أو بقطع عضو وهو الأكراه الملجئ ونوع يعدم الرضا ولا يفسد الاختيار وذلك بأن يكون بضرب أو بقبض أو بحبس وهو الأكراه الغير الملجئ وكل منهما لا ينافي في الأهلية ولا الخطاب وأما فخر الاسلام البرزوي فقال في أصوله الاكراه ثلاثة أنواع نوع يعدم الرضا ويفسد الاختيار وهو الملجئ ونوع يعدم الرضا ولا يفسد الاختيار وهو الذي لا يلجئ ونوع آخر لا يعدم الرضا وهو أن يمس بحبس أبيه أو ولده أو ما يجزى مجراه والا كراه بجملة لا ينافي في أهليته ولا يوجب وضع الخطاب اه وقال صاحب الكشف في شرح هذا المقام من أصول فخر الاسلام الاكراه جل الغير على أمر يكرهه ولا يريد مباشرة لولا الحمل عليه ويدخل في هذا التعريف الاقسام الثلاثة المذكورة في الكتاب قال شمس الأئمة هو اسم لفعل يفعله الإنسان بغيره فينتقي به رضاه أو يقسده اختياره ولم يدخل فيه القسم الثالث الذي ذكر في الكتاب وكأنه لم يجعله من أقسام الاكراه لعدم ترتب أحكامه عليه الى هنا كلام صاحب الكشف إذا عرفت هذا فقد ظهر لك أن ما ذكره للمصنف ههنا من معنى الاكراه وما ذكره شمس الأئمة في المبسوط بعينه وأن القسم الثالث من الاقسام الثلاثة المذكورة في أصول فخر الاسلام غير داخل في هذا المعنى كما توهمه صاحب العناية وانما هو داخل في معنى الاكراه لغة كما أشار إليه صاحب الكشف وهو أن وجه عدم ادخال ذلك القسم في معنى الاكراه شرعا عدم ترتب أحكام الاكراه عليه فإن الاكراه في عرف الشرع ما ترتب عليه أحكامه وانكشف عندك أيضا استمرار وقوع في عامة الكتب من تنويع الاكراه الى نوعين فقط فإن المقصود بالبيان في الكتب الشرعية أحوال الاكراه الذي يترتب عليه الحكم الشرعي

الاكراه (فهو بالخيار إن شاء أمضى وإن شاء فسخ لأن من شرط صحة هذه العقود التراضي قال الله تعالى الآن تكون تجارة عن تراض منكم

قال المصنف (والذي قاله أبو حنيفة أن الأكراه لا يتحقق الا من السلطان) أقول الفتوى في تحقق الاكراه من غير السلطان على قولهما

والا كراه هذه الاشياء بعدم الرضا فيفسد بخلاف ما اذا أكره بضرب سوط أو حبس يوم أو قيد يوم
لانه لا يبالى به بالنظر الى العادة فلا يتحقق به الا كراه الا اذا كان الرجل صاحب منصب يعلم أنه يستضربه
لقوات الرضا

ثم ان ما ارتكبه صاحب العناية في تفسير ما ذكره المصنف ههنا مع كونه خلاف ما هو الواقع كما عرفت
غير صحيح في نفسه أما أولاً فلا نه جعل قول المصنف فينتقي به رضاه أعم من أن يكون مع فساد اختيار
أو مع علمه مع ان مقابلة قوله أو يفسد به (٢) رضاه عنعه قطعاً وأما ثانياً فلا نه قال ان قول المصنف
أو يفسد به اختياره يستلزم نفي عدم الرضا ولا معنى له لانه ان أراد أنه بحسب ظاهره أي بدون تقدير شيء
آخر يستلزم ذلك فليس كذلك قطعاً لان فساد الاختيار انما يستلزم عدم الرضا لا نفي عدمه وهو
ثبوت الرضا وان أراد أنه اذا أخرج عن ظاهره بتقدير لا كاذ كره فيما بعد يستلزم ذلك فليس كذلك
أيضا اذ بتقدير لا يصير المعنى أو لا يفسد به اختياره وذلك بأن يصح اختياره معه ولا شك ان صحة الاختيار
لا تستلزم نفي عدم الرضا وهو ثبوت الرضا لجواز أن يصح الاختيار وانعدام الرضا كافي النوع الغير
المعنى من نوعي الا كراه على ما مر وأما ثالثاً فلا نه قال وهو اشارة الى القسم الآخر لكن لا بد من
تقدير لا في أو يفسد به اختياره وهو أيضاً محتمل لان هذا التقدير مع كونه خلاف الظاهر جذا سبها
في مقام التعريف لا يجدي ما ذكره من كون مقصود المصنف الاشارة الى الانواع الثلاثة لا كراه لان
نفي فساد الاختيار انما يفيد صحة الاختيار وهي لا تقتضي الرضا بل تحقق عدم الرضا أيضاً كما عرفت
أنفاً لا تحصل الاشارة بقوله أو يفسد به الاختيار على تقدير كلمة لا فيه الى القسم الثالث من الاكراه
لصدقه على القسم الثاني من النوعين الاولين كما ترى اللهم الا أن يقال ان نفي فساد الاختيار في مقابلة
انتفاء الرضا يدل على بقاء الرضا في المقابل فيخرج القسم الثاني من النوعين الاولين لكن لا يخفى على ذي
مسكة ان المعنى الذي نسبته الشارح المزبور ههنا الى المصنف كان يحصل بأن يقول بدل قوله أو يفسد
به اختياره ولا بمعنى أو لا ينتقي به رضاه فهل يجوز العاقل عمل المصنف أن يترك ذلك اللفظ الاقصر الخالي
عن التعملات بأسرها لو أراد اعادة ذلك المعنى الذي نسبته الشارح المزبور اليه ويختار هذا اللفظ الاطول
المشتمل على تعملات كثيرة في افادة ذلك المعنى ولعمري ان رتبة المصنف بعزل عن مثل ذلك فالحق أن
مراده بقوله فينتقي به رضاه أن ينتقي به رضاه بدون فساد اختياره بقربة مقابلة قوله أو يفسد به اختياره
فان العام اذا قبل بالخاص يراد به ما عدا ذلك الخاص كما في قوله تعالى حافظ واعلى الصلوات والصلاة
الوسطى فكان قوله فينتقي به رضاه اشارة الى أحد نوعي الاكراه وهو غير المعنى وقوله أو يفسد به اختياره
اشارة الى النوع الآخر منها وهو المعنى فان نظم كلامه من غير كافة أصلاً وانطبق لما في عامة
الكتب (قوله والا كراه هذه الاشياء بعدم الرضا) أراد بهذه الاشياء القتل والضرب الشديد والحبس
المديد وهذا مع كونه أظهر من أن يخفى قد خفي على الشارح العيني فقال في تفسير قول المصنف بهذه
الاشياء يعني بالبيع وأخوانه ولم يذكر أن البيع وأخوانه من المكروه عليه لامن المكروه به وهذا نظير
سائر سقطاته في كتابه هذا (قوله بخلاف ما اذا أكره بضرب سوط أو حبس يوم أو قيد يوم) لانه لا يبالى
به بالنظر الى العادة فلا يتحقق به الا كراه (أقول برده على ظاهر هذا التحري بأن آخر الكلام يناقض
أوله فانه قال في أوله بخلاف ما اذا أكره بضرب سوط أو حبس يوم أو قيد يوم فدل ذلك على تحقق
الاكراه في هذه الصور أيضاً والما قال بخلاف ما اذا أكره بل كان ينبغي أن يقول بخلاف ما اذا ضرب
بسوط أو حبس يوماً أو قيد يوماً وقال في آخره فلا يتحقق به الا كراه وهذا صريح في عدم تحقق الاكراه
في هاتيك الصور فتناقضاً والجواب ان المراد بالاكراه في قوله بخلاف ما اذا أكره معناه اللغوي وهو

والا كراه هذه الاشياء
بعدم الرضا وانتفاء الشرط
يستلزم انتفاء المشروط
(فيفسد وان أكره بضرب
سوط أو حبس يوم أو قيد
يوم لم يكن أكرها لانه
لا يبالى به نظر الى العادة
الا ان كان المكروه صاحب
منصب يعلم أنه يستضربه
فهو أكره (ل) وجود
العله حيث ذوه (قوات
الرضا)

(٢) قوله أو يفسد به رضاه
كذا في النسخ التي بأيدينا
وصوابه أو يفسد به اختياره
اه محسنة

(قوله وكذا الاقرار حجة) معطوف على قوله والا كراهية هذه الاشياء لعدم الرضا فيفسد أي والاقرار أيضا يفسد بالا كراهية هذه الاشياء وذلك لان الاقرار انما صار حجة في غير الاكراه لترجح جنبه الصدق وعند الاكراه يحتمل الكذب لدفع المضرة فلا يكون حجة بخلاف ما اذا كره على الاقرار بألف بضرب سوط أو حبس يوم فأقر به فهو اقرار كافى للبيع الا اذا كان المكروه صاحب منصب أي عز وحرمة فان الشرفاء والاجلاء من العلماء والكبراء يستمكنون عن ضرب سوط واحد وحبس يوم واحدا كثيرا يستنكف غيرهم من ضرب سباط وحبس أيام ولهذا قال محمد رحمه الله ليس في ذلك تقدير لازم بل ذلك على حسب ما يرى الخا كم من حال من ابتلى به (ثم اذا باع مكرها وسلم مكرها ثبت به الملك عندنا وعند زفر رحمه الله لا يثبت لانه بيع موقوف على الاجازة ألا ترى أنه لو أجاز جاز والموقوف) على الاجازة (قبل الاجازة لا يفيد الملك) كالبيع بشرط الخيار (ولنا أن ركن البيع صدر من أهله مضافا الى محله) لان الاجازة والقبول صدر من المالك البائع العاقل وصادف محله وهو المالك (والفساد لفقد شرطه وهو التراضي) قال الله تعالى الا أن تكون تجارة عن تراض منكم وتأثير انتفاء الشرط في فساد العقد لا غير كانتفاع المساواة في باب الربا (فيثبت الملك عند القبض) (٢٩٥) والبيع بشرط الخيار انما لا يفيد لانه جعل العقد في حق حكمه كالتعلق بالشرط والمتعلق بالشرط معدوم قبل الشرط فاذا ثبت أنه يفيد الملك عند القبض (فلو قبضه وأعتقه أو تصرف فيه تصرفا لا يمكن نقضه جاز ويزنه القيمة كافي سائر البياعات الفاسدة وباجازة المالك يرتفع الفساد وهو الاكراه وعدم الرضا فيجوز الا أنه لا يقطع به حق استرداد البائع وان تداولته الايدي ولم يرض البائع بذلك بخلاف سائر البياعات الفاسدة لان الفساد فيها الحق الشرع وقد تعلق بالبيع الثاني حق العبد وحقه مقدم لحاجته أما ههنا رد الحق للعبد وهما سواء فلا يبطل حق الاول لحق الثاني قال تعالى ومن جعل البيع الجائر المعتاد بيعا فاسدا يجعله كبيع المكروه حتى ينقض بيع المشتري من غيره لان الفساد لفوات الرضا ومنهم من جعله رهنا لقصد المتعاقدين

وكذا الاقرار حجة لترجح جنبه الصدق فيه على جنبه الكذب وعند الاكراه يحتمل أنه يكذب لدفع المضرة ثم اذا باع مكرها وسلم مكرها ثبت به الملك عندنا وعند زفر لا يثبت لانه بيع موقوف على الاجازة ألا ترى أنه لو أجاز جاز والموقوف قبل الاجازة لا يفيد الملك ولنا أن ركن البيع صدر من أهله مضافا الى محله والفساد لفقد شرطه وهو التراضي فصار كسائر الشروط المفسدة فيثبت الملك عند القبض حتى لو قبضه وأعتقه أو تصرف فيه تصرفا لا يمكن نقضه جاز ويزنه القيمة كافي سائر البياعات الفاسدة وباجازة المالك يرتفع الفساد وهو الاكراه وعدم الرضا فيجوز الا أنه لا يقطع به حق استرداد البائع وان تداولته الايدي ولم يرض البائع بذلك بخلاف سائر البياعات الفاسدة لان الفساد فيها الحق الشرع وقد تعلق بالبيع الثاني حق العبد وحقه مقدم لحاجته أما ههنا رد الحق للعبد وهما سواء فلا يبطل حق الاول لحق الثاني قال تعالى ومن جعل البيع الجائر المعتاد بيعا فاسدا يجعله كبيع المكروه حتى ينقض بيع المشتري من غيره لان الفساد لفوات الرضا ومنهم من جعله رهنا لقصد المتعاقدين

جل الانسان على أمر يكرهه كما مر ولا شك في تحقق هذا المعنى في هاتيك الصور والذي نفاه في آخر الكلام انما هو تحقق الاكراه على معناه الشرعي الذي تترتب عليه أحكامه فلا تناقض ولك أن تقول التعبير بالا كراهية في قوله بخلاف ما اذا كره للشاكلة كافي قوله تعالى تعلم ما في نفسي ولا أعلم ما في نفسك فحينئذ لا يكون لفظ الاكراه هناك حقيقة لا لغوية ولا شرعية بل بصريح جازا فلا تناقض أصلا (قوله وكذا الاقرار حجة الخ) قال في النهاية والعناية قوله وكذا الاقرار حجة معطوف على قوله والا كراهية هذه الاشياء لعدم الرضا فيفسد أي والاقرار أيضا يفسد بالا كراهية هذه الاشياء وذلك لان الاقرار انما صار حجة في غير الاكراه لترجح جنبه الصدق وعند الاكراه يحتمل الكذب لدفع المضرة فلا يكون حجة اه (أقول) الظاهر عندي ان قوله وكذا الاقرار حجة الخ معطوف على قوله لان من شرط صحة

الفسادة فان فيه اذا باع المشتري ما اشتراه بشرا فاسدا لم يبق للبائع الاول حق استرداده وههنا لا يقطع بسبب الاكراه حق الاسترداد للبائع وان تداولته الايدي ولم يرض البائع بذلك لان الفساد في البياعات الفاسدة لحق الشرع وقد تعلق بالبيع الثاني حق العبد وحقه مقدم على حق الله تعالى له الحاجة أما ههنا فالرد الحق للعبد وهما سواء فلا يبطل حق الاول لحق الثاني قال المصنف رحمه الله (ومن جعل البيع الجائر المعتاد) يريد به بيع الوفاء وصورته أن يقول البائع للمشتري بعت منك هذا العين بمالك على من الدين على أي متى قضيت الدين فهو لي أو يقول بعت منك هذا العين بكذا على أي ان دفعت اليك تمثل تدفع العين الي وقد اختلف الناس فيه ومشايخ سمرقند جعلوه بيعا جائرا مفيدا لبعض الاحكام وهو الانتفاع به دون البيع والهبة على ما هو المعتاد بين الناس للحاجة اليه واختاره المصنف رحمه الله وأشار اليه بقوله البيع الجائر المعتاد ومن المشايخ من جعله بيعا فاسدا وجعله كالبيع المكروه عليه حتى ينقض بيع المشتري من غيره لان الفساد لفوات الرضا كافي البيع المكروه عليه ومنهم من جعله رهنا لقصد المتعاقدين لانهم ما وان سمي بيعا بالكن غرضهما الرهن والعبرة للقاصد والمعاني ولا يملكه المرتهن ولا يطلق له الانتفاع الا بان مال له وهو ضامن لما كل من غره واستهلكه من عينه والدين ساقط بهلا كه في يده اذا كان وفي بالدين ولا ضمان عليه في الزيادة اذا هلك بغير صنعه وبالبائع استرداده اذا قضى دينه لافرق عندنا بينه وبين الرهن

ومنه من جعله بيعا باطلا اعتبارا بالهزل لانهم اتكاملوا بلفظ البيع وليس قصدهما فكان لكل منهما ان يفسخ بغير رضا صاحبه ولو اجازا أحدهما لم يجز على صاحبه ومعنى قوله (هو المعتاد) أنهم في عرفهم لا يفهمون لزوم البيع بهذا الوجه بل يجوزونه الى أن يرد البائع الثمن الى المشتري وبقى المشتري يرد المبيع على البائع من غير امتناع ولا يكون ذلك الا اذا لم يخرج عن ملكه يبيع أو هبة ولهذا سموه بيع الوفاء لانه وفي بيعا همدن رد المبيع قال (فان كان قبض الثمن طوعا لمخ) اذا قبض البائع الثمن طوعا فقد أجاز البيع لانه دلالة الاجازة كافي البيع الموقوف اذا قبض الثمن كان اجازة ودلالة الاجازة تقوم مقام الاجازة فكذا اذا سلم المبيع طائعا بأن كان الاكراه على البيع لا على الدفع لانه دلالة الاجازة بخلاف ما اذا أكرهه على الهبة ولم يذ كر الدفع فوجب كراهه ودفع طائعا حيث يكون العقد باطلا أى فاسدا بوجوب الملك بعد القبض كالهبة الصحيحة بناء على أصلنا ان فساد السبب لا يمنع وقوع الملك بالقبض فان تصرف فيه نفذ تصرفه وعليه ضمان قيمته والفرق بينهما أن مقصود المكره ما يتعلق به الاستحقاق لا مجرد اللفظ وما يتعلق به الاستحقاق في الهبة بالقبض وفي البيع بالعقد فكان الاكراه على الهبة اكراهه على الدفع دون البيع (وان قبضه) أى الثمن (مكرها فليس ذلك باجازة وعلى المكره رده ان كان قائما في يده لفساد العقد) (٢٩٦) فيكون الثمن أمانة عند المكره لانه أخذه باذن المشتري والقبض متى كان باذن المالك

انما وجب الضمان اذا كان التملك وهما لم يكن كذلك لانه كان مكرها على قبضه (وان هلك المبيع في يدا المشتري وهو غير مكره والبائع مكره ضمن قيمته للبائع) لانه مضمون عليه بحكم عقد فاسد

(قوله ومنهم من جعله بيعا باطلا اعتبارا بالهزل الخ) أقول لا يخفى على من يعرف معنى الهزل أن بهذا القدر لا يكون المتكلم هازلا (قوله فكان لكل منهما أن يفسخ بغير رضا صاحبه) أقول اذا كان

ومنهم من جعله باطلا اعتبارا بالهزل ومشايخ سمرقند رجعهم الله جعلوا بيعا باطلا مقيدا بعض الاحكام على ما هو المعتاد للحاجة اليه قال (فان كان قبض الثمن طوعا فقد أجاز البيع) لانه دليل الاجازة كافي البيع الموقوف وكذا اذا سلم طائعا بأن كان الاكراه على البيع لا على الدفع لانه دليل الاجازة بخلاف ما اذا أكرهه على الهبة ولم يذ كر الدفع فوجب كراهه ودفع حيث يكون باطلا لان مقصود المكره الاستحقاق لا مجرد اللفظ وذلك في الهبة بالدفع وفي البيع بالعقد على ما هو الاصل فدخل الدفع في الاكراه على الهبة دون البيع قال (وان قبضه مكرها فليس ذلك باجازة وعليه رده ان كان قائما في يده) لفساد العقد قال (وان هلك المبيع في يدا المشتري وهو غير مكره ضمن قيمته للبائع) معناه والبائع مكره لانه مضمون عليه بحكم عقد فاسد

هذه العقود التراضى الى قوله فيفسد لا على قوله والا كراهه هذه الاشياء بعدم الرضا فيفسد لان قوله والا كراهه هذه الاشياء بعدم الرضا بعض الدليل بمنزلة الكبرى من غير الشكل الاول فعطف قوله وكذا الاقرار حجة الخ على تلك المقدمة من الدليل يقتضى المشاركة في المقدمة الاولى مع ان المذكور في حيز قوله وكذا الاقرار حجة دليل مستقل في حق فساد الاقرار بالا كراهه غير مستند بمقدمة من الدليل السابق كما يوضح عنه التقرير بالمدكور في النهاية والعناية فلو جرحه أن يكون معطوفا على مجموع الدليل السابق لا على بعضه والذوق الصحيح يشهد بما ذكرناه كله تدبر ترشد (قوله ومنهم من جعله باطلا اعتبارا بالهزل) قال بعض الفضلاء لا يخفى على من يعرف معنى الهزل ان بهذا القدر لا يكون المتكلم هازلا اه (أقول) لم يقل من جعله باطلا لان المتكلم به هازل حقيقة حتى يتجه عليه ما ذكره ذلك القائل

باطلا لا يتعقد والفسخ فرع الانعقاد (قوله الا اذا لم يخرج عن ملكه) أقول الضمير في ملكه راجع الى المشتري بل قال المصنف (بخلاف ما اذا أكرهه على الهبة) أقول واذا أكرهه على الهبة والتسليم قاله فاسدة وان أكرهه على الهبة لا غير فسلم المكره بعد ذلك أو سلم والمكره حاضر فالقياس أن تجوز الهبة وتكون هبة طائع وفي الاستحسان لا تجوز ولو سلم والمكره غائب بحيث لا يعود جازت الهبة استحسانا وقياسا (قوله بناء على أصلنا ان فساد السبب لا يمنع وقوع الملك بالقبض) أقول هذا على احدى الروايتين وعلى الرواية الاخرى لا يثبت الملك بالقبض في الهبة الفاسدة على ما ذكره العلامة الاتقاني في باب أحكام البيع الفاسد فيجوز أن يكون كلام المصنف مبنيا على تلك الرواية وفي البرازية في كتاب الهبة أيضا تفصيل متعلق بالمقام فالقوى ما ذكرنا فيها ترجيح رواية عدم ثبوت الملك (قوله والفرق الى قوله وفي البيع بالعقد) أقول فيه بحث لان تعلق الاستحقاق في البيع الفاسد أيضا بالقبض على ما مر في أحكام البيع الفاسد والبيع المكره عليه فاسد تامل في جوابه ليظهر لك فان المراد ما يتعلق به الاستحقاق في أصل الوضع وقد صرح به في بعض الشروح وتنبه عليه المصنف بقوله على ما هو الاصل ثم لا يخفى عليك أن الاكراه اذا كان على البيع الفاسد ينبغي أن يكون حكمه حكم الهبة المكره عليه الا أن يقال البيع في أصل الوضع يتعلق به الاستحقاق وعدم الاستحقاق لعارض كخيار الشرط والشرط الفاسد لا يضر وهذا هو الصحيح

لعدم الرضا كما تقدم وما هو كذلك فهو مضمون بالقيمة (والمكره بالخيار ان شاء ضمن المكره لان المكره آله فيما يرجع الى الاتفاق) وان لم يصلح آله من حيث الكلام فان التكلم بلسان الغير لا يتصور (فكان المكره دفع مال البائع الى المشتري وان شاء ضمن المشتري) لان الهلاك حصل عنده فكان كل واحد منهما أحدث سببا للضمان (كالغاصب وغاصب الغاصب فلو ضمن المكره رجوع على المشتري بقيمة لقيامه مقام البائع) بأداء الضمان (وان ضمن المشتري) يعني أي مشتري كان بعد الاول (نفذ كل شراء كان بعد شرائه لو تناقضته العقود) أي تداولته (لانه ملكه بالضمان فظهر أنه باع ملكه ولا ينفذ ما كان له قبله لان الاستناد الى وقت قبضه) وقال الشارحون وان ضمن المشتري يعني في صورة الغصب وما عرفت الحامل لهم على ذلك فانه وان كان صحيحا لكن كلام المصنف انما هو على شقي التريدين تضمين المكره والمشتري وكلامه في الغاصب من جهة التمثيل لامن حيث الامالة فان قبل ما لفرق بين تضمينه مشتريا واجازته عقدا منها حيث اقتصر النفاذ ههنا على ما كان بعده وعم الجميع هناك أجب بقوله (لانه أسقط حقه) يعني في صورة الاجازة (وهي) أي حقه هو (المانع فعاد الكل الى الجواز) فان قبل ما لفرق بين اجازة المكره واجازة المغصوب منه فانه اذا أجاز بيعا من البيوع نفذ ما أجازة خاصة أوجب بأن الغصب لا يزيل ملكه فكل بيع من هذه البيوع توقف على اجازته بل مصادفته ملكه (٣٩٧) فتكون اجازته أحد البيوع فليكن للغير

من المشتري بحكم ذلك البيع فلا ينفذ ما سواه وأما المشتري من المكره فقد ملكه فالبيع من كل مشتري مصادف ملكه وانما توقف نفوذه على سقوط حق المكره في الاسترداد وفي هذا لا يفرق الحال بين اجازته البيع الاول والاخر فلهذا نفذ البيوع كلها باجازه عقدا منها والله أعلم

فصل لماذا كره حكم الاكراه الواقع في حقوق العباد شرعا في بيان حكم الاكراه الواقع في حقوق الله تعالى وقدم الاول لان حق العبد مقدم لحاجته

(وللمكره أن يضمن المكره ان شاء) لانه آله فيما يرجع الى الاتفاق فكذا دفع مال البائع الى المشتري فيضمن أيهما شاء كالغاصب وغاصب الغاصب فلو ضمن المكره رجوع على المشتري بالقيمة لقيامه مقام البائع وان ضمن المشتري نفذ كل شراء كان بعد شرائه لو تناقضته العقود لانه ملكه بالضمان فظهر أنه باع ملكه ولا ينفذ ما كان له قبله لان الاستناد الى وقت قبضه بخلاف ما اذا أجاز المالك المكره عقدا منها حيث يجوز ما قبله وما بعده لانه أسقط حقه وهو المانع فعاد الكل الى الجواز والله أعلم **فصل** (وان أكره على أن يأكل الميتة أو يشرب الخمر) أكره على ذلك بحسب أو ضرب أو قيد لم يحل له الآن بكمه يخاف منه على نفسه أو على عضو من أعضائه فاذا خاف على ذلك وسعه أن يقدم على ما أكره عليه) وكذا على هذا الدم ولحم الخنزير لان تناول هذه المحرمات انما يباح عند الضرورة كافي الخمصة لقيام المحرم فيما وراها ولا ضرورة الا اذا خاف على النفس أو على العضو

بل قال انه كالهازل بناء على ان المتكلم بلفظ البيع هناك لا يقصد معنى البيع والافلاشك أن من شرط كون المتكلم هازلا حقيقة أن تجري المواضعة قبل العقد بأن يقال نحن نتكلم بلفظ العقد هازلا كما تقر في علم الاصول وفي صورة بيع الوفاء لا يوجد ذلك الشرط قطعاً ويرشد الى كون المراد ما ذكرناه قوله اعتبارا بالهازل فان معناه قياسا على الهازل ولا ريب ان القياس انما يتصور بين الشبهتين المتغيرين بحسب الذات المشتركتين في العلة

فصل قال أكثر الشراح لماذا كره حكم الاكراه الواقع في حقوق العباد شرعا في بيان حكم الاكراه

(٣٨ - تكمله سابع) وذكر فيه الاكراه المجبى وهو الذي يخاف فيه تلف النفس أو عضو من الاعضاء وغير المجبى وهو الاكراه بالحبس والضرب اليسير والتقييد والاول معتبر شرعا سواء كان على القول أو الفعل والثاني ان كان على فعل يسير فليس يعتبر ويجعل كأن المكره فعل ذلك الفعل بغير اكراه وان كان على قول فان كان قولاً يستوى فيه الحد والهزل فكذا ذلك والافهم معتبر فعلى هذا (ان أكره على أن يأكل الميتة أو يشرب الخمر بحسب أو ضرب) يسير لا يخاف منه تلف النفس أو العضو (أو قيد لم يحل له) الاقدام على ذلك (وان أكره بما يخاف منه على نفسه أو على عضو من أعضائه وسعه أن يقدم وعلى هذا الدم ولحم الخنزير لان تناول هذه المحرمات انما يباح عند الضرورة كافي الخمصة لقيام المحرم فيما وراها ولا ضرورة) عند عدم الخوف على النفس أو العضو

قال المصنف (لان الاستناد الى الخ) أقول أي استنادا لما للمشتري قال صدر الشريعة في شرح الوقاية فيستند الى حين العقد لا قبله انتهى وفيه ما لا يخفى (قوله وما عرفت الحامل لهم على ذلك الخ) أقول لا يقال الحامل هو قول المصنف لانه ملكه بالضمان فان المشتري في صورة الاكراه يملكه بالقبض لان قوله ملكه مجاز عن تقرر ملكه بحسب ينساق اليه ذهن كل أحد لوضوح القرينة فلا يكون حاملا على العدول عن المنهج الواضح ثم اعلم أن نظمة ما في قوله وما عرفت نافية

فصل (قوله لقيام المحرم فيما وراها) أقول الضمير في وراها راجع الى الضرورة في قوله انما يباح عند الضرورة

(حتى لو خاف على ذلك بالضرب وغلب على ظنه أبجعه ذلك ولا يسهه أن يصبر على ما توعد به) وأشار إلى أن المجتبي يمتاز من غيره لغلبة الظن لأن بدن الإنسان في احتمال (٣٩٨) الضرب متفاوت وليس ثم نص مقدر فيعتبر فيه غالب رأى من ابتلي به ولا معتبر بمن

قد رفي ذلك أدنى الحد وهو
أربعون فقال إن تهدد
بأقل منها لم يسهه الإقدام
لأن الأقل مشروع بطريق
التعزير والتعزير يقيم على
وجه الزجر لا التلاف لأن
ذلك نصب المقدار بالرأى
وهو لا يجوز (فان صبر حتى
أوقعوا به) أي قتله أو أنفوا
عضوه (ولم يتناول) وعلم
بالإباحة (فهو آثم لأنه لما
أبجعه) من حيث أن حرمة
هذه الأشياء كانت باعتبار
خلل يعود إلى البدن أو
العقل أو العضو وحفظ
ذلك مع قوات النفس غير
ممكن (كان بالامتناع عن
الإقدام معاونا لغيره على
هلاك نفسه فآثم كما في
حالة الخمصة وعن أبي
يوسف رحمه الله أنه لا يآثم
لأن الإقدام على ذلك
رخصة إذا حرمة) بصفة أنها
ميتة أو خمر وهي (فائقة
إذا امتنع) كان آخذا
بالعزيمة فلا يآثم قلنا
لأنه لم أن الحرمة فائقة
لأن الله تعالى استثنى
حالة الاضطرار) فقال وقد
فصل لكم ما حرم عليكم
الأمراض طررتم إليه
(والاستثناء تكلم بالباقي
بعد التثنية) فكان لبيان أن
المستثنى لم يدخل في صدر

حتى لو خيف على ذلك بالضرب وغلب على ظنه يباح له ذلك (ولا يسهه أن يصبر على ما توعد به فان
صبر حتى أوقعوا به ولم يأكل فهو آثم) لأنه لما أبجعه كان بالامتناع عنه معاونا لغيره على هلاك نفسه فآثم
كما في حالة الخمصة وعن أبي يوسف أنه لا يآثم لأنه رخصة إذا حرمة فائقة فكان آخذا بالعزيمة قلنا حالة
الاضطرار مستثناة بالنص وهو تكلم بالحاصل بعد التثنية فلا يحرم فكان إباحة لا رخصة

الواقع في حقوق الله تعالى وقدم الأول لأن حتى العبد مقدم لحاجته انتهى (أقول) فيه كلام وهو أنه قد
ذكر في هذا الفصل حكم الإكراه الواقع في حقوق العباد أيضا كما في مسألة الإكراه على اتلاف مال مسلم
بأمر يخاف منه على نفسه أو على عضو من أعضائه وكما في مسألة الإكراه بقتل على قتل غيره فلم يتم
ما ذكره بالنظر إلى مثل ذلك فالاشبهه ما ذكره صاحب غاية البيان حيث قال إنما فصل بفصل لأن
ما تقدم مما يحل فعله قبل الإكراه ومسائل الفصل ليست كذلك لأنها محظورة قبل الإكراه في حالة
السعة (قوله حتى لو خيف على ذلك بالضرب وغلب على ظنه يباح له ذلك الخ) أقول في قوله يباح له ذلك
اشكال فان المباح ما استوى طرفاه فله وتركه كما تقر في علم الأصول وفيما نحن فيه إذا خيف على النفس
أو على العضو كان طرف الفعل راجعا لفرضه كما صرح به في كتب الأصول فاطلاق المباح على ذلك
مع كونه منافيا لما تقر وعندهم في تفسير معنى المباح يخالف لما صرحوا به في كتب الأصول من كون
ذلك فرضا فتأمل (قوله ولا يسهه أن يصبر على ما توعد به فان صبر حتى أوقعوا به ولم يأكل فهو آثم) قال
في العناية فان قيل إضافة الآثم إلى ترك المباح من باب فساد الوضع وهو فساد الجواب إن المباح إنما
يجوز تركه والابتيان به إذا لم يترتب عليه محرم وهو هنا قد ترتب عليه قتل النفس المحرم فصار تركه حراما
لأن ما أفضى إلى الحرام حرام انتهى (أقول) في الجواب بحث لأنه إن أردت به أن المباح ههنا حال كونه
مباحا صار تركه حراما لافضائه إلى الحرام فهو ممنوع جدا كيف والمباح ما استوى طرفاه فله وتركه وما
صار طرف تركه حراما لا يستوى طرفاه فقطعنا فصار تركه حراما حال كونه مباحا لزم اجتماع استواء
الطرفين وعدمه في محل واحد في حالة واحدة وهو محال وإن أردت به أن ما كان مباحا في حالة قد يصير
تركه حراما في حالة أخرى لعللة تقتضي ذلك فينقلب واجبا فهو مسلم ولكن ما نحن فيه ليس من هذا
القبيل لأن نحو كل الميتة وشرب الخمر إنما كان مباحا حالة الاضطرار دون حالة الاختيار كما صرحوا به
ولاشك أن صيرورة تركه حراما إنما هي في حالة الاضطرار أيضا إذ في حالة الاختيار يصير تركه واجبا
قطعا فلزم أن تجتمع إباحة وحرمة تركه في حالة واحدة فلا يتصور الانقلاب من الإباحة إلى الوجوب
بحسب الحالتين فيما نحن فيه لا يقال سبب استواء الطرفين فيما نحن فيه هو الإباحة الأصلية حيث لم
يتناول النص المحرم باستثناء حالة الاضطرار وسبب حرمة الترك فيه المستلزمة لعدم استواء الطرفين
إنما هو افضاء الترك فيه إلى قتل النفس المحرم أو إلى قطع العضو المحرم فلا استحالة في اجتماع استواء
الطرفين وعدم استوائهما فيه في حالة واحدة لا نقول استواء الطرفين وعدم استوائهما متناقضان
قطعا فيستحيل اجتماعهما في شيء واحد في حالة واحدة سواء كانا مستثنين في سبب واحد أو في
سببين ونظير هذا ما حققه الفاضل الشريفي في شرح المواقف في مباحث العلل والمعلول فانه لما
استدلوا على أن الواحد بالشخص لا يعال بعلمين مستقلين بأنه لو علم بهما كان محتاجا إلى كل واحدة
منهما ومستغنيا عن كل واحدة منهما في زمان واحد قال لا يقال منشأ الاحتياج إلى كل واحدة منهما

الكلام (فلا يحرم) حينئذ (فكان إباحة لا رخصة) فامتناعه من تناول كامتناعه من تناول الطعام الحلال حتى
تلفت نفسه أو عضوه فكان آثما

(قوله حتى لو خاف على ذلك) أقول أي النفس والعضو (قوله لأن ذلك نصب الخ) أقول هذا ناظر إلى قوله ولا معتبر بمن قدر في ذلك أدنى الحد

(لكنه انما يأتى اذا علم بالاباحة في هذه الحالة لان في انكشاف الحرمة خفاء) لانه امر يختص بعرفة الفقهاء (فيعذر) أو ساط الناس (بالجهل فيه كالجمل بالخطاب في أول الاسلام أو في دار الحرب) فان قيل اضافة الاثم الى ترك المباح من باب فساد الوضع وهو فاسد فالجواب أن المباح انما يجوز تركه والاتبان به اذا لم يترتب عليه محرم وههنا قد ترتب عليه قتل النفس المحرم فصار الترك حراما لان ما أفضى الى الحرام حرام قال (وان أكرهه على الكفر بالله والعياذ بالله الخ) اعلم أن كل ما لا يعتبر كراهيا في تناول الميتة والخمر لا يعتبر كراهيا في اجراء كلمة الكفر على اللسان لان حرمة الكفر أشد فاذا أكرهه على ذلك لا يخاف به على النفس أو العضو ولا يصح الاقدام عليه واذا خاف على ذلك جاز له أن يظهر ما أمر به من اجراء كلمة الكفر لكنه يورى والتورية أن يظهر خلاف ما يضر فجاز أن يكون المراد بها ههنا مطمئنان القلب وجزاء أن يكون الاتيان بلفظ محتمل معنيين فان أظهر (٣٩٩) ما أمر به موريا كان أو غيره على

المعنى الثاني وقلبه مطمئن بالايان لم يأتى لحديث عمار ابن ياسر رضي الله عنه حيث ابتلى به وقد قال النبي صلى الله عليه وسلم كيف وجدت قلبك قال مطمئنا بالايان قال فان عادوا فعد وفيه نزل قوله تعالى الا من أكره وقلبه مطمئن بالايان وقصته معروفة ومعنى قوله عليه الصلاة والسلام فعد عد الى طمأنينة القلب لا الى الاجراء والطمأنينة جميعا

(قوله فصار الترك حراما) أقول فكان الفعل واجبا والمباح ما استوى طرفاه هذا خلف وان أراد أنه قد ينقلب واجبا فلا يصح ذلك فيما نحن فيه اذ الذي فرضناه سبب الاباحة هو سبب الوجوب بعينه

الا أنه انما يأتى اذا علم بالاباحة في هذه الحالة لان في انكشاف الحرمة خفاء فيعذر بالجهل فيه كالجمل بالخطاب في أول الاسلام أو في دار الحرب قال (وان أكرهه على الكفر بالله تعالى والعياذ بالله أو سب رسول الله صلى الله عليه وسلم بقبيد أو حبس أو ضرب لم يكن ذلك اكراهيا حتى يكره بأمر يخاف منه على نفسه أو على عضوه من أعضائه) لان الاكراه بهذه الاشياء ليس باكراه في شرب الخمر لما مر في الكفر وحرمة أشد أولى وأحرى قال (واذا خاف على ذلك وسعه أن يظهر ما أمر به و يورى فان أظهر ذلك وقلبه مطمئن بالايان فلا اثم عليه) لحديث عمار بن ياسر رضي الله عنه حيث ابتلى به وقد قال له النبي عليه الصلاة والسلام كيف وجدت قلبك قال مطمئنا بالايان فقال عليه الصلاة والسلام فان عادوا فعد وفيه نزل قوله تعالى الا من أكره وقلبه مطمئن بالايان الآية

هو عليه وآله ومنشأ عدم الاحتياج اليها غلبة الأخرى له فلا استحالة في اجتماعهما لا نأقول احتياج الشيء الى آخر في وجوده وعدم احتياجه اليه فيه متناقضان فلا يجتمعان سواء كانا مستنديين الى سبب واحد أو الى سببين انتهى كلامه فقد ظهر بما قررناه ما في كلام بعض الفضلاء ايضا في هذا المقام فليستظر اليه وليتأمل فيه (قوله الا أنه انما يأتى اذا علم بالاباحة في هذه الحالة) قال تاج الشريعة هذا جواب اشكال كأنه يقول اذا ثبت اباحته ينبغي أن لا يأتى اذا الانسان لا يأتى بترك المباح فاجاب عنه بأنه يأتى اذا علم بالاباحة ولم يأكل حتى تلف لانه يصير ساعيا في اتلاف نفسه انتهى واقفي أثره الشارح العيني (أقول) لا يخفى على ذي فطرة سليمة أن كلام المصنف هذا لا يصلح أن يكون جوابا عن ذلك الاشكال إذ لا ممانعة للعلم في أن لا يأتى الانسان بترك المباح فان المباح من حيث انه مباح لا يأتى الانسان بتركه وان علم اباحته بل بالعلم باباحته ينكشف عدم الاثم في تركه فكيف يحصل الجواب بقوله الا أنه انما يأتى اذا علم بالاباحة في هذه الحالة عما يقال اذا ثبت اباحته ينبغي أن لا يأتى اذا الانسان لا يأتى بترك المباح فالوجه أن قول المصنف هذا انما هو لبيان أن الحكم بالاثم على تقدير الصبر وترك الاكل في مستثناه لم يفسد على اطلاقه بل فيما اذا علم بالاباحة في هذه الحالة وأما اذا لم يعلم بها فلا اثم عليه في تركه لكونه معذورا بالجهل في أمثال هذا بناء على الخفاء قوله فقال عليه الصلاة والسلام فان عادوا فعد الخ) قال جمهور الشراح معنى قوله عليه الصلاة والسلام فان عادوا فعد ان عادوا الى الاكراه فعد

وجوابه المنع فان الاباحة أصلية حيث لم يتناولها النص المحرم فتأمل (قوله فجاز أن يكون المراد به ههنا مطمئنان القلب) أقول فيه مسامحة (قوله وجزاء أن يكون الاتيان بلفظ محتمل معنيين الخ) أقول قد يكون الاكراه على سجود الصائم أو الصليب مثلا ولا يصح التورية بهذا المعنى فيه في أحكام القرآن قال محمد بن الحسن اذا أكرهه الكفار أن يشتم محمد صلى الله عليه وسلم فخطير بيباله أن يشتم محمد آخر غيره فلم يفعل وقد شتم النبي عليه الصلاة والسلام كان كافرا وكذلك لو قيل له لتسجدن لهذا الصليب فخطير بيباله أن يجعل السجود لله فلم يفعل وسجد للصليب كان كافرا فان أجهلوه عن الروية ولم يخطر بباله شيء ففعل ما أكرهه عليه أو قال لم يكن كافرا اذا كان قلبه مطمئنا بالايان انتهى (قوله على المعنى الثاني) أقول يعني هذا الترديد والتسوية بين كونه موريا أو غيره في التورية بالمعنى الثاني لا الاول فانه لا يمتنع

لان أدنى درجات الامر الاباحة (٣٠٠) فيكون اجراء كلمة الكفر مباحا وليس كذلك لان الكفر عما لا تنكشف حرمة وموضعه

أصول الفقه (قوله ولان بهذا الاظهار لا يفوت الايمان حقيقة لقيام التصديق وفي الامتناع فوت النفس حقيقة فبسه المبل اليه قال (فان صبر حتى قتل ولم يظهر الكفر كان مأجورا) لان خييارضى الله عنه صبر على ذلك حتى صلب ومما رسول الله صلى الله عليه وسلم سيد الشهداء وقال في مثله هو رفيق في الجنة

لان الركن الاصل في فيه هو التصديق وهو قائم حقيقة والاقرار ركن زائد وهو قائم تقديرا لان التكرار ليس بشرط (وفي الامتناع فوت النفس حقيقة) فكان مما اجتمع فيه فوت حق العبد يقينا وفوت حق الله توها (فبسه المبل الى احياء حقه فان صبر ولم يظهر الكفر حتى قتل كان مأجورا لان خييارضى الله عنه صبر على ذلك حتى صلب ومما رسول الله صلى الله عليه وسلم سيد الشهداء وقال في مثله) أى فيه وكلمة مثل زائدة (هو رفيق في الجنة) وقصته معروفة أيضا

(قوله لان أدنى درجات الامر الاباحة الخ) أقول فيه بحث فانه قد يكون الامر للترخيص قال العلامة النسفي في أول كتاب الطلاق من الكافي الامر بالشئ لا يبنى المحذور فان المحذور قد يرخص بصيغة الامر حتى لا يقع في محذور فوه كالخث في اليمين وقطع الصلاة الى آخر ما ذكره هناك فلم لا يجوز أن يكون ما ذكره

ولان بهذا الاظهار لا يفوت الايمان حقيقة لقيام التصديق وفي الامتناع فوت النفس حقيقة فبسه المبل اليه قال (فان صبر حتى قتل ولم يظهر الكفر كان مأجورا) لان خييارضى الله عنه صبر على ذلك حتى صلب ومما رسول الله صلى الله عليه وسلم سيد الشهداء وقال في مثله هو رفيق في الجنة

ط - ما نبه القلب لالى اجراء كلمة الكفر والطمانينة جميعا كازعه البعض لان أدنى درجات الامر الاباحة فيلزم أن يكون اجراء كلمة الكفر مباحا وليس كذلك لانه لا تنكشف حرمة أصلا انتهى وعزاه في النهاية ومعراج الدراية الى مبسوط شيخ الاسلام وأورد عليه بعض الفضلاء بأن قال فيه بحث فانه قد يكون الامر للترخيص قال العلامة النسفي في أول كتاب الطلاق من الكافي الامر بالشئ لا يبنى المحذور فان المحذور قد يرخص بصيغة الامر حتى لا يقع في محذور فوه كالخث في اليمين وقطع الصلاة الى آخر ما ذكره هناك فلم لا يجوز أن يكون ما ذكره هنا كذلك انتهى (أقول) مراد الشراح أن أدنى درجات ما استعمل فيه صيغة الامر حقيقة هو الاباحة وانما تستعمل في الترخيص ونحوه مجازا ولا يبنى المجاز من قرينة صارفة عن الحمل على الحقيقة وفيما نحن فيه لم توجد تلك القرينة فلا جرم نحملها على الحقيقة وحقيقة الامر وانما تصور ههنا بصرف الاعادة الى الطمانينة دون اجراء كلمة الكفر لما بينوا وعن هذا قال العلامة النسفي ههنا أى عدالى طمانينة القلب بالايمان وما قيل فعدي الى ما كان منك من النيل منى وذ كر آهتهم بخير فغلط لانه لا يظن برسول الله صلى الله عليه وسلم أنه يأمر بالتكلم بكلمة الشرك الى هنا كلامه (قوله ولان بهذا الاظهار لا يفوت الايمان حقيقة لقيام التصديق وفي الامتناع فوت النفس حقيقة فبسه المبل اليه) قال صاحب العناية في شرح هذا المقام قوله ولان بهذا الاظهار دليل معقول ووجهه ان الايمان لا يفوت بهذا الاظهار حقيقة لان الركن الاصل في فيه هو التصديق وهو قائم حقيقة والاقرار ركن زائد وهو قائم تقديرا لان التكرار ليس بشرط (وفي الامتناع فوت النفس حقيقة) فكان مما اجتمع فيه فوت حق العبد يقينا وفوت حق الله توها فبسه المبل الى احياء حقه اه كلامه (أقول) في تقريره خلل أما أولا فان قوله لان التكرار ليس بشرط في تعليل قوله وهو قائم تقديرا ليس بسديد لان عدم اشتراط التكرار لا يستدعي قيام الاقرار تقديرا اذ لا بد فيه من أن لا يطرأ عليه ما يضاذه كما تقر في موضعه والمفروض ههنا طرأ بانه عليه اذ الكلام في اظهار كلمة الكفر وهو مضاد للاقرار باللسان فان قلت اظهارها اكرها لا يضاذه الاقرار طواعية وانما يضاذه اظهارها طواعية قلت ههنا مبني على جواز اظهارها حاله الا كراهه هو أول المسئلة فأخذه في أثناء اقامة الدليل على ما صدره فبهذا ظهر سقوط ما قاله بعض الفضلاء ههنا انه كلام الناسي وجوده بمنزلة العدم فانه أيضا مبني على أول المسئلة فيستلزم المصادرة وأما ثانيا فلا لأن قوله فكان مما اجتمع فيه فوت حق العبد يقينا وفوت حق الله تعالى توها ما يشعر بعدم فوت حق الله تعالى حقيقة ههنا أصلا وليس كذلك اذ لو افوت حقه تعالى حقيقة أصلا لما كان مأجورا فيما اذا صبر حتى قتل ولا نسلم قول المصنف فيما سألني ولان الحرمة باقية اذ الظاهر أن الحرمة لا تثبت بمجرد توهم فوت حقه تعالى بدون أن يفوت حقيقة بل التحقيق أن اجراء كلمة الكفر على اللسان حرام في كل حال لا بسطة عنه الحرمة أصلا وأن فيه ترك حق من حقوق الله تعالى بل هو كفر صوره في حاله الا كراهه وكفر صوره ومعنى في حالة صحة الاختيار كما صرح به في كتب الاصول الا أن المبطل بالا كراهه عليه يصير معذورا حاله الا كراهه فبسه المبل اليه

(ولان الحرمة باقية) انتهى قبح الكفر وبقاؤها يوجب الامتناع (فكان الامتناع عزيمة لا عراز الدين بخلاف ما تقدم) من كل الميتة وشرب الخمر فان الحرمة هناك لم تكن باقية (الاستثناء) كما تقدم واعترض بان اجراء كلمة الكفر ايضا مستثنى بقوله الامن اكرهه وقلبه مطمئن بالايمان من قوله من كفر بالله من بعد ايمانه فينبغي أن يكون مباحا كأكل الميتة وشرب الخمر وأجيب بأن في الآية تقديم وتأخير وتقديره من كفر بالله من بعد ايمانه وشرح بالكفر صدر افعليهم غضب من الله ولهم عذاب عظيم الامن اكرهه وقلبه مطمئن بالايمان قاله تعالى ما أباح اجراء كلمة الكفر على لسانهم حالة الاكراه وانما وضع عنهم العذاب والغضب وليس من ضرورة في الغضب وهو حكم الحرمة عدم الحرمة لانه ليس من ضرورة عدم الحكم عدم العلة كما في شهود الشهر في حق المسافر والمريض فان السبب موجود والحكم متأخر فجاز أن يكون الغضب منتفيا مع قيام العلة الموجبة للغضب وهي الحرمة فلم يثبت اباحه اجراء كلمة الكفر وفيه نظر لان المراد بالعلة ان كان هو المصطلح فذلك ممتنع التخلف عن الحكم (٣٠١) الذي هو معلوله وان كان المراد بها

السبب الشرعي كما مثل به فانما يتخلف الحكم عنه بدليل آخر شرعي يوجب تأخيره كما في المثال المذكور من قوله تعالى ومن كان مريضا أو على سفر فعدة من أيام أخر ولا دليل فيما نحن فيه على ذلك وعن هذا ذهب أبو بكر الرازي الى أن الامر في قوله عليه الصلاة والسلام فان عادوا فعدا لا باحة وقولهم لان الكفر مما لا يشكف حرمته صحيح ولكن الكلام في اجراء كلمة الكفر مكرها لا في الكفر

(قوله وأجيب بأن في الآية تقديم وتأخير وتقديره من كفر بالله من بعد ايمانه وشرح بالكفر صدر الى قوله الامن اكرهه

ولان الحرمة باقية والامتناع لا عراز الدين عزيمة بخلاف ما تقدم للاستثناء) واعترض عليه بان اجراء كلمة الكفر ايضا مستثنى بقوله الامن اكرهه وقلبه مطمئن بالايمان من قوله من كفر بالله من بعد ايمانه فينبغي أن يكون مباحا كأكل الميتة وشرب الخمر وأجيب بأن في الآية تقديم وتأخير وتقديره من كفر بالله من بعد ايمانه وشرح بالكفر صدر افعليهم غضب من الله ولهم عذاب عظيم الامن اكرهه وقلبه مطمئن بالايمان قاله تعالى ما أباح اجراء كلمة الكفر على لسانهم حالة الاكراه وانما وضع عنهم العذاب والغضب وليس من ضرورة في الغضب وهو حكم الحرمة عدم الحرمة لانه ليس من ضرورة عدم الحكم عدم العلة كما في شهود الشهر في حق المسافر والمريض فان السبب موجود والحكم متأخر فجاز أن يكون الغضب منتفيا مع قيام العلة الموجبة للغضب وهي الحرمة فلم يثبت اباحه اجراء كلمة الكفر كذا في عامة الشروح وعزاه في النهاية الى مبسوط شيخ الاسلام قال صاحب العناية بعد ذكر السؤال والجواب وفيه نظر لان المراد بالعلة ان كان هو المصطلح فذلك ممتنع التخلف عن الحكم الذي هو معلوله وان كان المراد بها السبب الشرعي كما مثل به فانما يتخلف الحكم عنه بدليل آخر شرعي يوجب تأخيره كما في المثال المذكور من قوله تعالى ومن كان مريضا أو على سفر فعدة من أيام أخر ولا دليل فيما نحن فيه على ذلك اه (أقول) هذا النظر ساقط جدا فانه يصح أن نختار كل واحد من شقي التردد ولا يلزم محذور أصلا إذ يجوز أن يراد بالعلة ما هو المصطلح عليه في علم الأصول وهو ما كان خارجا عن الشيء مؤثرا فيه قوله فذلك ممتنع التخلف عن الحكم الذي هو معلوله ممنوع فان وجوب مقارن العلة الشرعية للعقل انما هو في بعض أقسامها وهو ما كان علة اسما ومعنى وحكا دون بعضها الآخر وهو ما كان علة اسما فقط أو اسما ومعنى كما تقر ذلك كله في علم الأصول فيجوز أن تكون العلة فيما نحن فيه من قبيل الثاني فلا يمتنع التخلف ويجوز أن يراد بها السبب الشرعي كما هو الظاهر من التمثيل وهو ما كان خارجا عن الشيء ولم يكن مؤثرا فيه بل كان موصلا

وقلبه مطمئن بالايمان) أقول يعني لان سلم أن الاستثناء مما ذكر لم لا يجوز أن يكون من قوله تعالى فاعليهم غضب من الله ولهم عذاب عظيم ولكنه فصل سندا لمنع بعض التفصيل وأنت خير بأن اعتبار التقديم والتأخير خلاف الظاهر لا يصار اليه الا بدليل (قوله كما في شهود الشهر في حق المسافر والمريض) أقول الاظهر أن يقول كما في صورة العفو فان الحكم فيما ذكره ليس معدوما بل متراح نعم هو معدوم الآن (قوله وفيه نظر لان المراد بالعلة ان كان هو المصطلح فذلك ممتنع التخلف) أقول ذلك في العلة اسما ومعنى وحكا دون العلة اسما فقط أو اسما ومعنى كما فصل في الأصول (قوله وعن هذا ذهب أبو بكر الرازي الى أن الامر في قوله عليه الصلاة والسلام فان عادوا فعدا لا باحة) أقول قال في أحكام القرآن وقول النبي عليه الصلاة والسلام لعمار رضي الله عنه ان عادوا فعدا انما هو على وجه الاباحة لا على وجه الإيجاب ولا على التدبر روى القاضي في تفسيره بهذا اللفظ فان عادوا فكذلك غيره من المفسرين فلا مجال لما ذكره المصنف من التأويل لا يشكف بعيد (قوله ولكن الكلام في اجراء كلمة الكفر مكرها لا في الكفر) أقول اجراء كلمة الكفر كفر وان كان مكرها غايته انه لا يترتب حكم الكفر عليه ولا قبل الاقرار ركن زائد والتفصيل في الأصول

قال (وان أكره على اتلاف مال مسلم) وان أكره رجل على اتلاف مال مسلم (بأمر يخاف على نفسه أو على عضوم أعضائه جازله أن يفعل ذلك لان مال الغير يستباح للضرورة كما في حالة الخمصة وقد تحققت ولصاحب المال أن يضمن المكروه لان المكروه آله للمكروه فيما يصلح آله والالتلاف من هذا القبيل) لان المكروه يمكنه أن يأخذ المكروه ويلقيه على المال فيتلفه وقوله فيما يصلح احتراز عن الكل والتكلم والوطء فانه فيما لا يصلح آله (وان أكرهه بقتله على قتل غيره لم يسعه أن يقدم عليه بل يصبر حتى يقتل فان قتله كان أثماً لان قتل المسلم) بغير حق (مما لا يستباح للضرورة ما فكد بالاكراه) وهذا النزاع فيه وأما وجوب القصاص ففيه أربعة أقوال بحسب القسمة العقلية فانه إما أن كان يجب على المكروه والمكروه جميعاً ولا يجب على واحد منهما أو يجب على المكروه وحده أو على العكس والاول قول الشافعي رحمه الله والثاني قول أبي يوسف رحمه الله والثالث قول أبي حنيفة ومحمد رحمه الله والرابع قول زفر رحمه الله انه أن الفعل من المكروه حقيقة لصدوره (٣٠٣) منه بغير واسطة وحسب فانه معان مشاهد وكذا شرعاً لانه قرر عليه حكمه وهو الاثم

قال (وان أكره على اتلاف مال مسلم بأمر يخاف على نفسه أو على عضوم أعضائه وسعه أن يفعل ذلك) لان مال الغير يستباح للضرورة كما في حالة الخمصة وقد تحققت (ولصاحب المال أن يضمن المكروه) لان المكروه آله للمكروه فيما يصلح آله والالتلاف من هذا القبيل (وان أكرهه بقتله على قتل غيره لم يسعه أن يقدم عليه بل يصبر حتى يقتل فان قتله كان أثماً) لان قتل المسلم مما لا يستباح للضرورة ما فكد ابه هذه الضرورة قال (والقصاص على المكروه ان كان القتل عمداً) قال رضي الله عنه وهذا عند أبي حنيفة ومحمد وقال زفر يجب على المكروه وقال أبو يوسف لا يجب عليهم ما قال الشافعي يجب عليهم ما لزم أن الفعل من المكروه حقيقة وحسب وقرر الشرع حكمه عليه وهو الاثم بخلاف الاكراه على اتلاف مال الغير لانه سقط حكمه وهو الاثم فأضيف الى غيره وبهذا يتسك الشافعي في جانب المكروه ويوجب له على المكروه أيضاً لوجود التسبب الى القتل منه وللتسبب في هذا الحكم المباشرة عنده كما في شهود القصاص ولا يوجب أن القتل بقى مقصوراً على المكروه من وجه نظراً الى التأنيم وأضيف الى المكروه من وجه نظراً الى الحمل فدخلت الشبهة في كل جانب ولهما أنه محمول على القتل بطبعه ايثار الحياتة فيصير آله للمكروه فيما يصلح آله وهو القتل بأن يلقيه عليه ولا يصلح آله في الجنابة على دينه فيبقى الفعل مقصوراً عليه في حق الاثم

فإيجاب القصاص على غيره غير معقول وغير مشروع بخلاف الاكراه على اتلاف مال الغير لانه سقط حكمه وهو الاثم فلم يكن مقرر عليه شرعاً فجاز اضافته الى غيره وبهذا يتسك الشافعي رحمه الله في جانب المكروه ويوجب له على المكروه أيضاً لوجود التسبب الى القتل منه وللتسبب في هذا أى في القتل حكم المباشرة عنده كما اذا شهدا على رجل بالقتل الحمد فاقص من المشهود عليه فجاء المشهود بقتله حيا فانه يقتل الشاهدان عنده للتسبب ولقائل ان يقول في كلام المصنف تسامح لان دليل زفر يدل على عدم جواز اضافة القتل الى غير المكروه فكيف يجعل ذلك دليلاً

اليه في الجملة وقوله فانما يخاف الحكم عنه بدليل آخر شرعي يوجب تأخير عن منع بل السبب الشرعي مطلقاً من حيث انه سبب يجوز تخلف الحكم عنه اذا لبد أن يتوسط بينه وبين الحكم علته فلم تتحقق تلك العلة لا يتحقق الحكم بمجرد السبب وهذا أيضاً مع كونه مقرر في علم الاصول مفهوم من نفس معنى السبب الشرعي فان الاتصال في الجملة كيف يستلزم تحقق الحكم والمثال المذكور في الجواب ليس في معرض التعليل لتخلف الحكم عن السبب الشرعي بل هو مسوق لجرد التمثيل فتحقق دليل شرعي يدل على جواز تأخير الحكم هناك لا يقتضي قيام دليل شرعي على جواز ذلك في كل صورة على حدة على أنه يمكن أن يجعل حديث خبيب دليلاً على بقاء الحرمة فيما نحن فيه بعد أن نفي حكمه وهو الغضب فان خبيبارضى الله عنه لما أكره على اظهار كلمة الكفر فصر ولم يظهرها حتى قتل مدحه رسول الله صلى

للشافعي وهو يضيفه الى غيره أيضاً والجواب أن دليله يدل على عدم جواز اضافته الى غير المكروه مباشرة والشافعي يضيفه الى الغير تسبباً فلا تنافي ولا يوجب رحمه الله أن القتل الحاصل من المكروه يحتمل الاقتصار عليه والتعدي الى غيره نظراً الى دليل زفر وأبي حنيفة ومحمد رضي الله عنهم لان تأنيم الشارع يدل على تقرير الحكم وقصره عليه وكونه محمولاً على الفعل يدل على أنه كالألة والفعل ينتقل عنه وكل ما كان كذلك كان شبهة والقصاص يتدفع بها ولهما أنه محمول على القتل بطبعه ايثار الحياتة والمحمول على الفعل بالطبع آله لان الآلة هي التي تعمل بالطبع كالسيف فان طبعه القطع عند الاستعمال في محله فيصير آله للمكروه فيما يصلح آله وهو القتل بأن يلقيه عليه والفعل يضاف الى الفاعل لا الى الآلة فان قيل لو كان آله لاضيف الاثم الى المكروه كالقتل أوجب بقوله (ولا يصلح آله في الجنابة على دينه فيبقى الفعل في حق الاثم مقصوراً عليه

(قوله والجواب أن دليله الخ) أقول فيه بحث

كأنقول في الاكراه على الاعتاق) فان اعتاقه ينتقل الى المكره من حيث اتلاف مالية العبد حتى وجبت عليه قيمة العبد و يقتصر عليه من حيث التسكيم فانه لو انتقل اليه من حيث التسكيم أيضا لم يعتق العبد (و) كأنقول (في اكره المجوسى على ذبح شاة الغير فان الفعل ينتقل الى المكره من حيث الاتلاف دون الذكاة حتى يحرم كذا هذا) واذا ظهر أن المكره آله لا المكره في القتل ظهر الفرق بين ما نحن فيه وبين من أصابته مخضعة فقتل انسانا أو كل لحمه حتى بقي هوجيا يثار الحياة بطبعه فانه يجب عليه القصاص وان كان مضطرا كالمكره لانه ليس ثمة من يكون آله فيضاف الى نفسه واعلم أن صاحب النهاية رحمه الله قال (٣٠٣) سواء كان هذا المكره الاكره

عاقلا أو معتوها أو غلاما غير بالغ فالقود على الاكره وعزاه الى المبسوط ونسبه شيخ شىخى علاء الدين عبد العزيز رحمه الله الى السهو وقال الرواية في المبسوط بفتح الراء دون كسرهما ونقل عن أبى اليسر فى مبسوطه ولو كان الاكره صبيا أو مجنونا لم يجب القصاص على أحد لأن القاتل فى الحقيقة هذا الصبي أو المجنون وهو ليس بأهل لوجوب العقوبة عليه قال (وان أكرهه على طلاق امرأته) وان أكره الرجل على طلاق امرأته (أو) على (عتق عبده ففعل ذلك وقع ما أكرهه عليه عندنا خلافا للشافعى رحمه الله) فان تصرفات المكره كلها باطلة الآن يكون اكرها بحق (وقدمر) دليل الفريقين (فى الطلاق ويرجع على المكره بقيمة العبد لانه صلح آله فيه من حيث الاتلاف فيضاف اليه) ومنع صلاحيته لذلك لان الاتلاف ثبت فى

كأنقول فى الاكراه على الاعتاق وفى اكره المجوسى على ذبح شاة الغير ينتقل الفعل الى المكره فى الاتلاف دون الذكاة حتى يحرم كذا هذا قال (وان أكرهه على طلاق امرأته أو عتق عبده ففعل وقع ما أكرهه عليه عندنا) خلافا للشافعى وقد مر فى الطلاق قال (ويرجع على الذى أكرهه بقيمة العبد) لانه صلح آله فيه من حيث الاتلاف فيضاف اليه فله أن يضمه موسرا كان أو معسرا

الله عليه وسلم حيث سماه سيد الشهداء وقال هو رفيق فى الجنة ولولم تبق الحرمة أبدا فى اظهار كلمة الكفر لما وسعه الصبر على ما توقعه من القتل ولما استحق المدح فى ذلك لان فى الامتناع عن المسباح فى تلك الحالة اعانة الغير على اهلاك نفسه وهى حرام فيلزم أن يأثم بذلك كفى حالة المخضعة كما مر (قوله ويرجع على الذى أكرهه بقيمة العبد لانه صلح آله فيه من حيث الاتلاف فيضاف اليه) قال فى العنابة ومنع صلاحيته لذلك لان الاتلاف ثبت فى ضمن التلفظ بهذا اللفظ وهو لا يصلح آله فى حق التلفظ فكذا فى حق ما ثبت فى ضمنه وأجيب بأن الاعتاق اتلاف وهو يصلح آله فيه والتلفظ قد ينفلك عنه فى الجملة كفى اعتاق الصبي فيصح أن يكون آله بالنسبة الى الاتلاف دون التلفظ اه (أقول) فيه نظر لان الانفكاك فى اعتاق الصبي انما هو من جهة ثبوت التلفظ بدون ثبوت الاعتاق وذلك لا ينافى ثبوت الاعتاق فى ضمن التلفظ البتة وانما ينافيه عكس ذلك وهو أن ثبت الاعتاق بدون ثبوت التلفظ وهذا غير متحقق فى صورة اعتاق الصبي فلم يتم التمثيل ولا التقريب وكان بعض الفضلاء تنبه لهذا حيث قال فيه تأمل فان الذى يثبت ثبوت الاعتاق لافى ضمن التسكيم كما اذا ورث القريب اه (أقول) لكن فيه أيضا خلل فان الثابت فى صورة ان ورث القريب انما هو العتق دون الاعتاق كما صرح حوايه فاطبة وقد مر فى كتاب الولا م مفصلا والكلام ههنا فى الاعتاق دون مجرد العتق كما لا يخفى فلا يتم التمثيل لتلك الصورة أيضا ولا التقريب * ثم أقول لافائدة الحديث لانفسك أصلا فى الجواب ههنا فان كون ثبوت الاتلاف فيما نحن فيه فى ضمن التلفظ أمر مقرر لا يقبل الانكار فيكون مدار الورود السؤال المذكور لا محالة ولا يجدى شىء فى دفعه انفكاك الاتلاف عن التلفظ فى صورة أخرى فالحق عندى فى الجواب أن يقال لا يلزم من عدم صلاحية المكره لآلية فى حق التلفظ عدم صلاحيته لها فى حق ما ثبت فى ضمنه وهو الاتلاف لان عدم صلاحيتها لها فى حق التلفظ لعله امتناع التسكيم بلسان الغير وهى غير متحققة فى حق ما ثبت فى ضمنه من الاتلاف فان المكره يمكنه أن يأخذ المكره ويلقيه على المال فينقله كما صرح حوايه فيما مر (قوله فله أن يضمه موسرا كان أو معسرا) لانه ضمان اتلاف فلا يختلف باليسار والاعسار كذا فى الكافى وغيره فان قيل ينبغى أن لا يضمن المكره لانه أ تلف بعوض حصل للمكره وهو الولاء والاتلاف بعوض كذا اتلاف أجيب بأن الاتلاف بعوض انما يكون كذا

ضمن التلفظ بهذا اللفظ وهو لا يصلح آله فى حق التلفظ فكذا فى حق ما ثبت فى ضمنه وأجيب بأن الاعتاق اتلاف وهو يصلح آله فيه والتلفظ قد ينفلك عنه فى الجملة كفى اعتاق الصبي فيصح أن يكون آله بالنسبة الى الاتلاف دون التلفظ واذا صح كونه آله صحت الاضافة اليه (فله أن يضمه موسرا كان أو معسرا)

(قوله ونسبه شيخ شىخى علاء الدين عبد العزيز الى السهو) أقول يريد شىخه الامام العلامة قوام الدين أبى عبد الله محمد بن أحمد الكاكي مصنف معراج الدرابة فى شرح الهداية (قوله ومنع صلاحيته لذلك) أقول أشار بقوله لذلك الى قوله صلح آله من حيث الاتلاف (قوله والتلفظ قد ينفلك عنه فى الجملة كفى اعتاق الصبي) أقول فيه تأمل فان الذى يثبت ثبوت الاعتاق لافى ضمن التسكيم كما اذا ورث القريب

ولاسعاية عليه) أما وجوب الضمان ففيما إذا قال المكره أردت بقولي هو عتق فاستقبلا كما طلب مني فإنه يعتق العبد قضاء وديانة
و يضمن المكره قيمة العبد لانه أتى بما أمر به على وفق ما أكرهه وكذا إذا قال لم يخطر ببالى سوى الاتيان بطلوبه وان قال خطر ببالى
الاخبار بالحريه فيبعض كاذباً وأردت ذلك لانشاء الحريه عتق العبد قضاء لاني لانه عدل عما أكره عليه فكان طائعا في الاقرار
فلا يصدقه القاضي في دعوى الاخبار كاذباً ولا يضمن المكره شيئاً لان العبد عتق بالاقرار طائعا لا بالاكراه فان قيل ينبغى أن لا يضمن
المكره لانه أتلف بعوض وهو الولاء والاتلاف بعوض كالاتلاف فالجواب أنا لا نسلم أن الولاء عوض لان سببه العتق على ملك المولى
فكيف يكون المكره معوضاً (٤٠٣) عما أتلفه بما لا تعلق له به أصلاً سلمناه ولكن انما يكون كالاتلاف اذا كان العوض

ولاسعاية على العبد لان السعاية انما تجب للتخريج الى الحريه أو لتعلق حق الغير ولم يوجد واحد منهما - ما
ولا يرجع المكره على العبد بالضمان لانهم أخذوا بالتلاف
اتلاف اذا كان العوض مالا كالأول كره على كل طعام الغير فا كل فإنه لا ضمان على المكره لانه حصل
للمكره عوض أو كان في حكم المال كما في منافع البضع اذا أتلفها مكرها لان منافعه تعدد مالا عند
الدخول والولاء ليس كذلك لانه بمنزلة النسب ألا ترى ان شاهدى الولاء اذا رجعا لا يضمنان كذا
في الشروح (أقول) هذا الجواب يشكك بما لو أكره على شراء ذى رحم منه فعتق عليه فان المكره
لا يرجع هناك قيمة العبد على المكره بناء على انه حصل له عوض هو صلة الرحم نص عليه في البدائع
ولا يذهب عليك أن صلة الرحم ليست بمال كالولاء أما حقيقة قطاهر وأما حكماً فلا لأنه لم يقل به أحد
كما قالوا في منافع البضع عند الدخول فتأمل (قوله ولا سعاية على العبد لان السعاية انما تجب للتخريج
الى الحريه أو لتعلق حق الغير ولم يوجد واحد منهما) بخلاف المريض اذا عتق عبده وعليه دين لان
السعاية تجب بغيره لخلق الغرماء بخلاف الرهن اذا عتق المرهون وهو معسر فإنه تجب السعاية لخلق
المرتهن كذا في الكافي وعامة الشروح قال صاحب العناية بدل ذلك بخلاف ما اذا كان العبد
مرهوناً أكره الرهن على اعتاقه فإنه يجب على العبد السعاية لتعلق حق الغير وهو المرتهن به اه
(أقول) لم أر ما ذكره من وجوب السعاية على العبد اذا أكره الرهن على اعتاقه في شيء من كتب الفقه
سوى شرح تاج الشريعة اه - هذا الكتاب فإنه قال فيه ههنا ولا يتعلق بالعبد حق الغير أبداً حتى يحتاج
الى السعاية لذلك مثل أن يكون مرهوناً أكره الرهن على اعتاقه وهو معسر حينئذ تجب على العبد
السعاية لتعلق حق المرتهن برقبته وأما ههنا فلم يتعلق حق الغير بالعبد فلا يجب عليه شيء اه ولعله
غلط وقع من تاج الشريعة فاعتبر به صاحب العناية لان مجرد تعلق حق الغير بالعبد المعتق لاوجب
السعاية عليه بل لا بد من أن لا يقدر معتقه على ايصال ذلك الحق ولهذا قالوا اذا عتق الرهن العبد
المرهون وهو معسر تجب السعاية على العبد لخلق المرتهن حيث زادوا قيد الاعسار ولا يخفى ان الرهن
فيما اذا أكره على اعتاق عبده المرهون ففعل بقدر على ايصال حق المرتهن بما ضمنه المكره من قيمة
ذلك العبد فان له أن يضمه اياها لما ذكر في الكتاب فكان ينبغى أن لا تجب السعاية على العبد ثم ان
قول صاحب العناية بخلاف ما اذا كان العبد مرهوناً أكره الرهن على اعتاقه الخ لا يكاد يصح ههنا
لان تلك الصورة داخله ههنا في اطلاق ما نحن فيه من مسئلة الكتاب فكيف يصح الحكم بالمخالفة

مالا كالأول كره على كل طعام الغير فا كل فإنه لا ضمان
على المكره لانه حصل
للمكره عوض أو في حكم
المال كما في منافع البضع
اذا أتلفها مكرها لان منافعه
تعدد مالا عند الدخول
والولاء ليس كذلك لانه
بمنزلة النسب ألا ترى أنه
اذا شهد بالولاء ثم رجعا
لا يضمنان وأما عدم
السعاية فإنها انما تجب
للتخريج الى الحريه كما هو
مذهب أبي حنيفة رضي
الله عنه أن المستعنى
كالمكاتب وقد خرج فلا
يمكن تخريج بحقه ثانياً أو
لتعلق حق الغير ولم يتعلق
بالعبد حق الغير فلم يوجد
شي من موجبي السعاية
بخلاف ما اذا كان العبد
مرهوناً أكره الرهن على
اعتاقه فإنه يجب على العبد
السعاية لتعلق حق الغير
وهو المرتهن به وهذا على
مذهب أبي حنيفة سالم عن

التنقض وأما على مذهبهما فإنه ينتقض بما اذا عتق المحجور عليه بالسفه فإنه يعتق ويجب عليه السعاية وقد أعتق
بينها
ملكه ولا حق لاحد فيه ويزاد له ما في التعليل فيقال عتق على ملكه ولا يتعلق به حق الغير وهو غير محجور عليه (ولا يرجع المكره على
العبد بما ضمن لانه مؤاخذ بالتلاف) يعنى أن المكره انما يضمن من حيث انه جعل متلفاً للعبد حكماً فكأنه قتله واقتول لا يضمن شيئاً
قوله فكيف يكون المكره معوضاً عما أتلفه بما لا تعلق له به أصلاً) أقول وكذا طعام الغير ومنافع البضع لا تعلق لهما بالمكره فالتسديد
أعم ولعله لذلك بادى التسليم (قوله بخلاف ما اذا كان العبد مرهوناً أكره الرهن على اعتاقه فإنه يجب على العبد السعاية) أقول ان
ثبت الرواية في هذه المسئلة فلا كلام والا فينبغى أن لا تجب السعاية على العبد بل يكون ما ضمنه المكره للمكره رهناً بدل العبد
فلينأمل (قوله ولا يتعلق به حق الغير) أقول أراد من الغير الورثة أو الدائن في المريض وأراد المرتهن في الرهن

قال (ويرجع بنصف مهر المرأة) الجواب فيما إذا كره على طلاق امرأته وقد سمي لها مهر إلا أنه لم يدخل بها نظير الجواب فيما إذا كره على عتق العبد في حق وقوع الطلاق ورجوع الزوج على المكره إلا أن الرجوع ههنا بنصف الصداق وبعه بقيمة العبد وإن لم يسم بجمع على المكره بما يلزمه من المتعة لأن العلة في الكل واحدة وهو الاتفاق أما في العتق فقد تقدم وأما في الطلاق فلقوله لأن ما عليه أي على الزوج كان على شرف السقوط بأن جاءت الفرقة من قبلها بتمكين ابن الزوج منها بغير إكراه أو بالارتداد والعباد بالله تعالى وما كان عليه تأكد بالطلاق مكرها فإما كان على شرف السقوط تأكد به ولتأكيده شبهة بالإيجاب فكأنه أوجب على المكره ذلك ابتداء فكان اتلافا للمال من هذا الوجه والمكره في حق الإكراه بمنزلة الإكراه فيمضاف إلى المكره من حيث أنه اتفاق بخلاف ما إذا دخل بها لأن المهر يقرر بالدخول لا بالطلاق فيبقى مجرد اتفاق ملك التكاح وهو ليس بمال عند الخرج وما ليس بمال لا يضمن بمال ألا ترى أن الشاهد إذا رجعا بعد الشهادة بالطلاق بعد الدخول لا يضمنان (ولو أكره على التوكيل بالطلاق والعتاق ففعل الوكيل) أي طلق أو عتق (فهو جائز استحسانا) والقياس أن لا يجوز لأن الوكالة تبطل بالهزل فكذلك الإكراه وجه الاستحسان أن الإكراه يؤثر في فساد العقد فكان كالشرط الفساد والشرط الفاسد لا يؤثر (٣٠٥) في فساد الوكالة أم أنه كالشرط الفاسد فلما تقدم أنه بعدم الرضا فيفسد به الاختيار فصار كأنه شرط شرط فاسدا فإنه يفسد العقد ولا يمنع الانعقاد وأما أن الوكالة لا تفسد بالشرط الفاسد فلا تنها من الاسقاطات فان تصرف الوكيل في مال الموكل قبل التوكيل كان موقوفاً حقاً للمالك فهو بالتوكيل أسقطه فإذا لم يفسد كان تصرف الوكيل نافذا (ويرجع المكره على المكره) بما عزم من نصف الصداق وقبضه العبد (استحسانا) والقياس أن لا يرجع لأن الإكراه وقع

قال (ويرجع بنصف مهر المرأة) أن كان قبل الدخول وإن لم يكن في العقد مسمى بجمع على المكره بما يلزمه من المتعة) لأن ما عليه كان على شرف السقوط بأن جاءت الفرقة من قبلها وانما يتأكد بالطلاق فكان اتلافاً للمال من هذا الوجه فيضاف إلى المكره من حيث أنه اتفاق بخلاف ما إذا دخل بها لأن المهر يقرر بالدخول لا بالطلاق (ولو أكره على التوكيل بالطلاق والعتاق ففعل الوكيل جاز استحسانا) لأن الإكراه يؤثر في فساد العقد والوكالة تبطل بالشرط الفاسد ويرجع على المكره استحساناً لأن مقصود المكره زوال ملكه إذا باشر الوكيل والنذر لا يعمل فيه إلا إكراه لأنه لا يحتمل الفسخ ولا رجوع على المكره بما يلزمه لأنه لا مطالب به في الدنيا فلا يطالب به فيها وكذا العيّن والظهار لا يعمل فيهما إلا إكراه لعدم احتمالهما الفسخ وكذا الرجعة والإبلاء والقي فيه باللسان بينهما وبين ما نحن فيه بخلاف الصورتين المذكورتين في الكافي وعامة الشروح فانه مما مستلذان مغايران لما نحن فيه فيصح الحكم بالخالف بينهما وبين ما نحن فيه وكذا أقول تاج الشريعة وأما ههنا فلم يتعلق حق العيب بالعبد الخ ليس بسديد فانه يشعر بالخالفه أيضاً بين تلك الصورة وبين ما نحن فيه مع أنها دخلت في إطلاق ما نحن فيه كالأجنبي وأيضاً لوجوب السعاية على العبد في الصورة المزبورة لا تنقض بها ما ذهب إليه أبو حنيفة رحمه الله من أن السعاية انما تجب على العبد للتخريج إلى الحرية إذا تخرج إلى الحرية في تلك الصورة لما ذكرنا أن العبد قد خرج إلى الحرية بالاعتاق فلا يمكن تخريجه إليها ثانية فلزم أن لا يتم قول تاج الشريعة وصاحب العناية وغيرهما في ذيل شرح هذا المحل وهذا القدر من التعليل كاف على مذهب أبي حنيفة سالم عن النقص وأما على مذهبهما فنقض بما إذا عتق المحجور عليه

(٣٩ - تكمله سابع) على الوكالة وزوال الملك لم يقع بها فان الوكيل قد يفعل وقد لا يفعل فلا يضاف التلف إليه كافي الشاهد من شهد أن فلاناً وكل فلاناً بعتق عبده فاعتق الوكيل ثم رجعا لم يضمن وجه الاستحسان أن مقصود المكره زوال ملكه بمباشرة الوكيل وقد حصل ذلك وكان ما فعله وسيلة إلى الإزالة فيضمن ولا ضمان على الوكيل لأنه لم يوجد منه إكراه (قوله والنذر لا يعمل فيه إلا إكراه) بيان لما يعمل فيه الإكراه وما لا يعمل فيه وضابط ذلك أن كل ما لا يؤثر فيه الفسخ بعد وقوعه لا يعمل فيه الإكراه من حيث منع الصفة لأن الإكراه يفوت الرضا وفوات الرضا يؤثر في عدم لزوم وعدم الإكراه من المكره من الفسخ فلا إكراه يمكن المكره من الفسخ بعد التحقق فلا يحتمل الفسخ لا يعمل فيه الإكراه فيصح النذر مع الإكراه فان أكره على أن يوجب على نفسه صدقة لزمه ذلك (ولا يرجع على المكره بما يلزمه لأنه غير مطالب به في الدنيا فلا يطالب به غيره فيها وكذا إذا أكره على عين) فحلف انعقدت (أو على ظهار) فظاهر صح (وكذا على رجعة) ففعل صح (أو على إبلاء) فآلى أو على في الدنيا باللسان) ففعل صح

(قوله نظيراً الجواب فيما إذا كره على عتق العبد في حق وقوع الطلاق) أقول الاظهر أن يقول في حق وقوع المكره عليه ورجوع المكره على المكره (قوله ففسد به الاختيار) أقول أنت خير بأن الفاء هنا ليست في محلها والاحسن تبديله بالواو (قوله بيان لما يعمل فيه الإكراه وما لا يعمل) أقول بيان في الأول التزام وفي الثاني صريحاً

(لأنها) أي الرجعة والابلاء والنفقة (تصح مع الهزل) وما صح مع الهزل لا يحتمل الفسخ فإن أكرهه على اعتناق عبد عن كفارة اليمين أو الظهار ففعل اجراء عنها ولم يرجع على المكروه بقيمته لأنه أمر بالخروج عما لزمه وذلك منه حسبة لا اتلاف بغير حق وإن عين عبد ذلك ففعل عتق ولم يجز عن الكفارة ويرجع على المكروه بقيمته لأنه أنف عليه ماله العبد حيث لم يكن بعينه مستحقا عليه وإذا ثبت له الرجوع لم يكن كفارة لأن الميسر بمضمونة على أحدوان ترك التي آلى منها أربعة أشهر حتى بانت ولم يكن دخل بها وجب عليه نصف المهر ولا يرجع به على المكروه لأنه كان متمكنا من القربان في المدة فإذا لم يفعل كان ذلك رضامنه بما لزمه من الصداق وإن قربها أو كفر لم يرجع على المكروه بشئ لأنه أتى بضد ما أكرهه عليه وإن أكرهه على أن يخالعه امرأته ففعل صح الخلع لأنه من جانب الزوج طلاق وهو ظاهر والا كراه لا يمنع وقوع الطلاق بلا بدل فكذا يبدل أو يمين لوجود الشرط والجزاء واليمين لا يعمل فيه الا كراه (فلو كان مكرها على الخلع دون الرزمة البذل لرضاها بالاتزام) بأزاعا لم لها من اليمينونة ولا شئ على المكروه للزوج لأنه أنف عليه ماله ليس بحال وهو النكاح فلا يضمن به فإن قيل إن خالعهما وهي غير ملووسة فاستحققت نصف الصداق هل يرجع به الزوج على المكروه لتأكيدهما كان على شرف السقوط أولا قلنا لا يخلو أما أن ساق الزوج المهر لها كله أولا فإن ساق رجوع على المكروه بنصفه بالاتفاق أما عندهما فظاهر لأن الخلع على مال مسمى لا يوجب البراءة عما يستحقه كل منهما قبل صاحبه بحكم النكاح وأما عند أبي حنيفة رحمه الله فلا نه وإن أوجب البراءة لكتبا براءة مكروه والبراءة مع الاكراه (٣٠٦) لا تصح وإن لم يسق رجوع عندهما خلافا له لأنه غير مكروه في هذه الصورة على البراءة قال

(وإن أكرهه على الزنا وجب عليه الحد) قال أبو حنيفة أولان أكرهه أحد على الزنا فزني وجب عليه الحد لأن الزنا من الرجل لا يتصور الا بانتشار آتسه وذلك لا يكون الا بلذاته وذلك دليل الطوعية بخلاف المرأة فانه محل الفعل ومع الخوف يتحقق التمكين منها فلا يكون التمكين دليل الطوعية ثم رجوع وقال لاحد عليه اذا كان المكروه

لأنه تصح مع الهزل والخلع من جانبه طلاق أو يمين لا يعمل فيه الا كراه ولو كان هو مكرها على الخلع دون الرزمة البذل لرضاها بالاتزام قال (وإن أكرهه على الزنا وجب عليه الحد عند أبي حنيفة إلا أن يكرهه السلطان وقال أبو يوسف ومحمد لا يلزمه الحد) وقد ذكرناه في الحدود

بالسفة فانه يعتق ويجب عليه السعاية عندهما وقد اعتق ملكه ولا حق لاحد فيه فيزاد لهما في التعليل وهو غير محجور عليه انتهى تأمل تفهم (قوله وإن أكرهه على الزنا وجب عليه الحد عند أبي حنيفة رحمه الله إلا أن يكرهه السلطان وقال أبو يوسف ومحمد رحمه الله لا يجب الحد) وجه قوله ما أن المعتبر في الاكراه كونه ملجئا وذلك بقدرته المكروه على الايقاع وخوف المكروه الوقوع كما مر وذلك قد يكون من غير السلطان أكثر تحققا لأن السلطان يعلم أنه لا يفوته فهو ذواتة في أمره وغيره يخاف القوت بالاتجاه الى السلطان فيجمل في الايقاع ووجه قوله أن المكروه يجز عن دفع السلطان عن نفسه اذ ليس فوقه من يلجئ اليه ويقدر على دفع اللص بالاتجاه الى السلطان فان اتفق في موضع لا يتمكن من ذلك فهو نادر لاحكمه فلا يسقط به الحد كذا في العناية والنهاية وهو المطابق لما ذكره المصنف في كتاب الحدود (أقول) يتجه على الوجه المذكور من قبل أبي حنيفة رحمه الله أن يقال ندرته ذلك ممنوع كيف ووقوع

هو السلطان لأن الحد لا يرجح ولا حاجة مع الاكراه لأن الزنا جار كان حاصلا الى أن حصل خوف التلف على نفسه فكان قصدهم هذا الفعل دفع الهلاك عن نفسه لافضاء الشهرة فيصير ذلك شهية في اسقاط الحد عنه وانتشار الآلة لا يدل على عدم الخوف لأنه أمر طبعي ينشأ من التأم من غير اختيار وهذا وجه قول أبي يوسف ومحمد رحمه الله أنه لا يلزمه الحد وأما تقييده الاكراه بالسلطان فقد قيل أنه من قبيل اختلاف العصر كما تقدم في أول هذا الكتاب وقيل من قبيل اختلاف الحكم ووجه قوله ما أن المعتبر في الاكراه كونه ملجئا وذلك بقدرته المكروه على الايقاع وخوف المكروه الوقوع كما مر وذلك قد يكون من غير السلطان أكثر تحققا لأن السلطان يعلم أنه لا يفوته فهو ذواتة في أمره وغيره يخاف القوت بالاتجاه الى السلطان فيجمل في الايقاع ووجه قوله أن المكروه يجز عن دفع السلطان عن نفسه اذ ليس فوقه من يلجئ اليه ويقدر على دفع اللص بالاتجاه الى السلطان فان اتفق في موضع لا يتمكن من ذلك فهو نادر لاحكمه ثم في كل موضع وجب الحد على المكروه لا يحسب لها المهر لأن الحد والمهر لا يجتمعان عندنا بفعل واحد وفي كل موضع سقط الحد وجب المهر لأن الوطء في غير الملك لا ينفك عن أحدهما فإذا سقط الحد وجب المهر اظهارا لخطر المحل سواء كانت مستكرهة على الفعل أو أذنت له بذلك أما الاول فظاهر لأنها لم ترض بسقوط حقها وأما الثاني فلأنه لا ينفك عن الوطء فكان اذنها العوا لكونه محجورا عن ذلك شرعا

(قوله فان اتفق في موضع لا يتمكن من ذلك فهو نادر ولا حكمه) أقول قال الاتقاني الاكراه من غير السلطان لو كان في غير المصر اعتبر بالاجماع انتهى فقول الشارح فان اتفق في موضع ينبغي أن يكون معناه حينئذ في موضع من المصر تدبر

(واذا أكرهه على الردة لم تبين امرأته منه لان الردة بتبديل الاعتقاد لا ترى أنه لو كان قلبه مطمئناً بالايمان لم يكفر وفي تبديله شك) وكان الايمان ثلثين يقيمين فلا تثبت الردة بالشك ولا ما يترتب عليها (٣٠٧) من البيئونة ويجوز أن يجعل كلامه

دليلين أحدهما أن يقال ان الردة بتبديل الاعتقاد وتبديل الاعتقاد ليس بثابت لقيام الدليل وهو الاكراه والثاني أن يقال الردة باعتقاد الكفر وفي اعتقاده الكفر شك لانه امر مغيب لا يطلع عليه الا بترجمة اللسان وقيام الاكراه بصرف عن صحة الترجمة (فلا تثبت البيئونة) المترتبة على الكفر (بالشك) فان قالت المرأة قد بنت منك وقال الرجل قد أظهرت ذلك وقلبي مطمئن بالايمان

قال (واذا أكرهه على الردة لم تبين امرأته منه) لان الردة تتعلق بالاعتقاد لا ترى أنه لو كان قلبه مطمئناً بالايمان لا يكفر وفي اعتقاده الكفر شك فلا تثبت البيئونة بالشك فان قالت المرأة قد بنت منك وقال هو قد أظهرت ذلك وقلبي مطمئن بالايمان

ظفر الصوص وقطاع الطريق بالناس وعجزهم عن دفع شر هؤلاء المتغلبة سيما في المواضع النائية عن عمران أكثر من أن تخصي ولنسلم النادرة فإن لا يكون للنادر حكم فيما يسدري بالشبهات من الحدود سيما في حد الزنا كما نحن فيه ممنوع اذا شك أن مجرد الاحتمال تثبت الشبهة فضلاً عن الوقوع بطريق النادرة قال في غايه البيان في هذا المقام ودليلهما ظاهر لان الكلام فيما اذا جاء من غير السلطان ما يأتي من السلطان في موضع لا مدفع له عادة وفي مثل هذا السلطان وغيره سواء لا يرى أنه لو كان في غير المصر اعتبر بالاجاع ولا في حنيفة أن هذا مما لا يغلب عليه عادة اذا كان في المصر لان الظاهر أنه يلحقه الغوث من الناس أو من السلطان فيندفع والحكم لا يبنى على النادر حتى لو كان في موضع يغلب كما في غير المصر نعتبه كذا قال شيخ الاسلام علاء الدين في شرح الكافي انتهى (أقول) على هذا التقدير يمكن أن يندفع منع النادرة ولكن يبقى منع أن لا يكون للنادر حكم فيما يسدري بالشبهات كما نحن فيه على حاله * ثم أقول اطلاق مسألة الكتاب واطلاقات عامة المعتبرات في أن حكم الاكراه مخصوص بالسلطان عنده وعام لكل متغلب بقدر على تحقيق ما هدده به عندهما مما لا يساعد القول بأن الاكراه من غير السلطان في غير المصر معتبر بالاجاع يظهر ذلك بالتأمل في عبارة الكتاب وتبني سائر المعتبرات قال الامام قاضيان في أول كتاب الاكراه من فتاواه الاكراه لا يتحقق الا من السلطان في قول أبي حنيفة رحمه الله وفي قول صاحبيه يتحقق من كل متغلب بقدر على تحقيق ما هدده به وعليه الفتوى انتهى وقال في النخبة والمحيط البرهاني ومن شرط صحته أن يكون الاكراه من السلطان عند أبي حنيفة رحمه الله وعندهما اذا جاء من غير السلطان ما يجبي من السلطان فهو اكراه صحيح شرعاً والاختلاف على هذا الوجه مذكور في مسألة الزنا وصورتها غير السلطان اذا أكرهه جلا على الزنا فعلى قول أبي حنيفة رحمه الله يجب الحد على الزاني كأنه باشر الزنا طوعاً وعلى قولهما لا حد عليه فظن بعض مشايخنا أن الخلاف بينهم في الزنا خاصة وأما في غيره فأكراه غير السلطان واكراه السلطان سواء عندهم جميعاً ومنهم من قال الخلاف في الزنا وغيره من الاحكام أيضاً سواء واختلفوا فيما بينهم بعضهم قال هذا اختلاف عصر وزمان وبعضهم قال هذا اختلاف جهة وبرهان انتهى فتسدر (قوله) لان الردة تتعلق بالاعتقاد لا ترى أنه لو كان قلبه مطمئناً بالايمان لا يكفر وفي اعتقاد الكفر شك فلا تثبت البيئونة بالشك قال صاحب العناية ويجوز أن يجعل كلامه دليلين أحدهما أن يقال ان الردة بتبديل الاعتقاد وتبديل الاعتقاد ليس بثابت لقيام الدليل وهو الاكراه والثاني أن يقال الردة باعتقاد الكفر وفي اعتقاده الكفر شك لانه امر مغيب لا يطلع عليه الا بترجمة اللسان وقيام الاكراه بصرف عن صحة الترجمة فلا تثبت البيئونة المترتبة على الكفر بالشك انتهى (أقول) لا يذهب على ذي فطرة سليمة أن ما قاله لغوم من الكلام لان ما زعمه دليلين متحدان في المعنى وانما التغير بينهما في بعض الالفاظ وهو تبديل الاعتقاد في الاول واعتقاد الكفر في الثاني ولا ريب أن تبديل اعتقاد المسلم انما يكون باعتقاد الكفر فالتحدا معني فمعني جعلهما دليلين وان جعل مدار جعلهما مادليلين مجرد تعاريفهما في اللفظ فلا معنى لجعل كلام المصنف دليلين أيضاً لان الواقع

قال المصنف (واذا أكرهه على الردة لم تبين امرأته منه) أقول قال العلامة الزيلعي هذا اذا قال لم يخطر ريباً شئاً وفويت ما طلب مني وقلبي مطمئن بالايمان فانه حينئذ لا تبين امرأته ديانة ولا قضاء لانه لم يقرر على نفسه بوجود المخلص واجابة ما طلب منه في حالة الاكراه مخصص له دون غيرها من الاحوال حتى لو خطر ريباً أنه لو أكرهه العدو على كلمة الكفر فأجرى على لسانه وقلبه مطمئن بالايمان كفر من ساعته لانهرضي باجراه كلمة الكفر على لسانه من

غيرا كراه نصار نظير ما لو فوي أن يكفر في وقت في المستقبل انتهى وفيه بحث (قوله) ويجوز أن يجعل كلامه دليلين أحدهما الخ) أقول لافريقين هذين الدليلين في المعنى بل في اللفظ فقط كما لا يخفى

فالقول قوله استحسانا) وفي القياس القول قولها فتقع الفرقه لان التكلم بكلمة الكفر بسبب حصول اليقونة كالتكلم بالطلاق فيستوى فيه الطائع والمكره كما في الطلاق وجه الاستحسان (أن اللفظ) يعني كلمة الكفر (غير موضوع للفرقة) يعني لم يظهر فيها ظهورا يبينان حيث الحقيقة حتى يكون صريحا (٣٠٨) يقوم اللفظ فيه مقام معناه كما في الطلاق بل دلالتها عليها من حيث أن اللفظ

فالقول قوله استحسانا لان اللفظ غير موضوع للفرقة وهي بتبديل الاعتقاد ومع الاكراه لا يدل على التبديل فكان القول قوله بخلاف الاكراه على الاسلام حيث يصير به مسلما لانه لما احتمل واحتمل رجحنا الاسلام في الحالين لانه يعلو ولا يعلى وهذا بيان الحكم أما فيما بينه وبين الله تعالى اذ لم يعتقده فليس بمسلم ولو أكرهه على الاسلام حتى حكم باسلامه ثم رجع لم يقتل لتسكن الشبهة وهي دارنة للقتل

في كلام المصنف هو اللفظ الثاني دون الاول كما ترى (قوله) فالقول قوله استحسانا لان اللفظ غير موضوع للفرقة وهي بتبديل الاعتقاد ومع الاكراه لا يدل على التبديل فكان القول قوله) قال صاحب العناية في حل هذا المحل وجه الاستحسان أن اللفظ يعني كلمة الكفر غير موضوع للفرقة يعني لم يظهر منها ظهورا يبينان من حيث الحقيقة حتى يكون صريحا يقوم اللفظ فيه مقام معناه كما في الطلاق بل دلالتها عليها من حيث أن اللفظ دليل وترجعه لما في القلب فان دل على تبديل الاعتقاد المستلزم للفرقة كان دلالتها عليها دلالة مجازية ومع الاكراه لا يدل على التبديل فضلا عن أن يكون صريحا يقوم لفظه مقام معناه (هـ) لهذا كان القول قوله انتهى كلامه (أقول) فيه خلل فان قوله فان دل على تبديل الاعتقاد المستلزم للفرقة كان دلالتها عليها دلالة مجازية لا يكاد يتم اذ لا بد في المجاز من كون اللفظ مستعملا في المعنى المجازي ولا شك أن اللفظ ههنا هو كلمة الكفر غير مستعمل في الفرقة لاحقية ولا مجازا وانما هي أي الفرقة أثر لازم لمعنى اللفظ وهو الاعتقاد الردي فلم تكن دلالة اللفظ عليها مجازية بل كانت التزامية محضة فكان انه فهمها من اللفظ بطريق الاستنباع لا بطريق الاصله فصارت من قبيل مستنبعات الالفاظ المغايرة للحقيقة والمجاز على ما عرف في علم البلاغة فان قلت يجوز أن يراد بالمجازية ههنا المجازية عن المعنى الحقيقي الى أي شيء كان لا المجازية عن المعنى الحقيقي الى المعنى المجازي فقط فتم مستنبعات الالفاظ أيضا قلت هذا المعنى مع كونه مخالفا للعرف والاصطلاح بالكلية بأباه جدا قوله من قبل يعني لم يظهر فيها ظهورا يبينان من حيث الحقيقة فتأمل فالوجه الجمل المفيد المطابق للشروح ما ذكره صاحب النهاية معزيا الى الايضاح حيث قال وجه الاستحسان ان هذه اللفظة غير موضوع للفرقة وانما تقع الفرقه باعتبار تغير الاعتقاد والا كراه دليل على عدم تغير الاعتقاد فلا تقع الفرقه كذا في الايضاح اهـ (قوله) بخلاف الاكراه على الاسلام حيث يصير به مسلما لانه لما احتمل واحتمل رجحنا الاسلام في الحالين لانه يعلو ولا يعلى) قال صاحب النهاية وكان هذا اشارة الى ما قاله الامام أبو منصور الماتريدي وهو المنقول عن أبي حنيفة رضي الله عنه ان الايمان هو التصديق والاقراء باللسان شرط اجراء الاحكام وليس ذلك مذهب أهل أصول الفقه فانهم يجعلون الاقرار ركنا انتهى (أقول) فيه نظر فان ما ذكر في الكتاب كيف يكون اشارة الى ما قاله الامام أبو منصور الماتريدي مع تشيئه على المذهبين معابيل تشيئه على المذهب الثاني أظهر في حال الاكراه على الاسلام لان الاقرار اذا كان ركنا من الايمان كان المكروه على الاسلام آتيا بأحد ركنيه فيظهر وجه الحكم باسلامه فانه لما تحقق أحد ركني الاسلام مع عدم الجزم بانتفاء الآخر حكمنا بوجود الاسلام ترجيحاً لجانبه بخلاف ما اذا كان الايمان هو التصديق وكان الاقرار شرط الاجراء الاحكام فانه على هذا

دليل وترجعه لما في القلب فان دل على تبديل الاعتقاد المستلزم للفرقة كان دلالتها عليها دلالة مجازية ومع الاكراه لا يدل على التبديل فضلا عن أن يكون صريحا يقوم لفظه مقام معناه (هـ) لهذا كان القول قوله انتهى كلامه (أقول) فيه خلل فان قوله فان دل على تبديل الاعتقاد المستلزم للفرقة كان دلالتها عليها دلالة مجازية لا يكاد يتم اذ لا بد في المجاز من كون اللفظ مستعملا في المعنى المجازي ولا شك أن اللفظ ههنا هو كلمة الكفر غير مستعمل في الفرقة لاحقية ولا مجازا وانما هي أي الفرقة أثر لازم لمعنى اللفظ وهو الاعتقاد الردي فلم تكن دلالة اللفظ عليها مجازية بل كانت التزامية محضة فكان انه فهمها من اللفظ بطريق الاستنباع لا بطريق الاصله فصارت من قبيل مستنبعات الالفاظ المغايرة للحقيقة والمجاز على ما عرف في علم البلاغة فان قلت يجوز أن يراد بالمجازية ههنا المجازية عن المعنى الحقيقي الى أي شيء كان لا المجازية عن المعنى الحقيقي الى المعنى المجازي فقط فتم مستنبعات الالفاظ أيضا قلت هذا المعنى مع كونه مخالفا للعرف والاصطلاح بالكلية بأباه جدا قوله من قبل يعني لم يظهر فيها ظهورا يبينان من حيث الحقيقة فتأمل فالوجه الجمل المفيد المطابق للشروح ما ذكره صاحب النهاية معزيا الى الايضاح حيث قال وجه الاستحسان ان هذه اللفظة غير موضوع للفرقة وانما تقع الفرقه باعتبار تغير الاعتقاد والا كراه دليل على عدم تغير الاعتقاد فلا تقع الفرقه كذا في الايضاح اهـ (قوله) بخلاف الاكراه على الاسلام حيث يصير به مسلما لانه لما احتمل واحتمل رجحنا الاسلام في الحالين لانه يعلو ولا يعلى) قال صاحب النهاية وكان هذا اشارة الى ما قاله الامام أبو منصور الماتريدي وهو المنقول عن أبي حنيفة رضي الله عنه ان الايمان هو التصديق والاقراء باللسان شرط اجراء الاحكام وليس ذلك مذهب أهل أصول الفقه فانهم يجعلون الاقرار ركنا انتهى (أقول) فيه نظر فان ما ذكر في الكتاب كيف يكون اشارة الى ما قاله الامام أبو منصور الماتريدي مع تشيئه على المذهبين معابيل تشيئه على المذهب الثاني أظهر في حال الاكراه على الاسلام لان الاقرار اذا كان ركنا من الايمان كان المكروه على الاسلام آتيا بأحد ركنيه فيظهر وجه الحكم باسلامه فانه لما تحقق أحد ركني الاسلام مع عدم الجزم بانتفاء الآخر حكمنا بوجود الاسلام ترجيحاً لجانبه بخلاف ما اذا كان الايمان هو التصديق وكان الاقرار شرط الاجراء الاحكام فانه على هذا

الاقراء كذا) ولو أكرهه على الاسلام حتى حكم باسلامه ثم رجع لم يقتل لتسكن الشبهة (أي شبهة عدم الارتداد لجواز لا يتحقق أن يكون التصديق غير قائم بقلبه عند الشهادتين) (والشبهة دارنة للقتل)

(قوله) وكان هذا اشارة الى ما قاله الامام أبو منصور الماتريدي) أقول فيه بحث خلفاء اشارة لظهور أن هذا الكلام مستقيم على تقدير أن يكون الاقرار ركنا فان الحكم به اذ هو الظاهر لنوليس في كلامه ما يدل على شرطية الحكم

(قوله ولو قال الذي أكره) معطوف على قوله وقال هو قد أظهرت ذلك يعني لو قال في جواب قولها قد ثبت منك أخبرت عن أمر ماض ولم أكن فعلت بآنت منه قضاء لاديانته لأنه أقر أنه طائع بآتيان ما لم يكره عليه لأنه أكره على الانشاء دون الاقرار ومن أقر بالكفر طائعا ثم قال غنيت به الكذب لا يصدق القاضي لأنه خلاف الظاهر إذا الظاهر هو الصدق حالة الطواعية لكنه يصدق ديانته لأنه ادعى ما يحتمله لفظه (ولو قال أردت ما طلب مني من الكفر) وقد خطر بيالي الخبر عما مضى بآنت قضاء وديانته لأنه مبتدئ بالكفر هازل به حيث علم لنفسه مخلصا غيره) لأنه لما خطر هذا بياله أمكنه الخروج عما ابتلى به بأن ينوي (٣٠٩) ذلك والضرورة قد اندفعت

بهذا الامكان فاذا لم يفعل وانشأ الكفر لم يكن أجرى كلمة الكفر طائعا على وجه الاستخفاف مع علمه أنه كفر فبين امرأته قضاء وديانته والحاصل أن المكره على إجراء كلمة الكفر على ثلاثة أوجه في وجهه لا يكفر سراحا قضاء ولا ديانته وفي وجهه يكفر فيه مباحية وفي وجهه يكفر قضاء فيرق القاضي بينه وبين امرأته ولم يكفر ديانته وذلك لأنه إذا أجزاها فاما أن يخطر بياله غير ما طلب منه أولا والثاني هو الاول والاول ان خطر بياله أن يقول ذلك ويريد الاخبار عما مضى كذبا وأراد أنه هو الثالث وان لم يرد فهو الثاني وإذا ظهر لك هذا أمكنك ان تخرج مسألة الصلاة للصليب وسب النبي صلى الله عليه وسلم وقوله (لما مر) إشارة الى قوله لأنه مبتدئ بالكفر هازل به حيث علم لنفسه مخلصا غيره والله أعلم بالصواب

ولو قال الذي أكره على إجراء كلمة الكفر أخبرت عن أمر ماض ولم أكن فعلت بآنت منه حكما لاديانته لأنه أقر أنه طائع بآتيان ما لم يكره عليه وحكم هذا الطائع ما ذكرناه ولو قال أردت ما طلب مني وقد خطر بيالي الخبر عما مضى بآنت ديانته وقضاء لأنه أقر أنه مبتدئ بالكفر هازل به حيث علم لنفسه مخلصا غيره وعلى هذا إذا أكره على الصلاة للصليب وسب محمد النبي عليه الصلاة والسلام بآنت منه قضاء لاديانته ولو صلى للصليب وسب محمد النبي عليه الصلاة والسلام وقد خطر بياله الصلاة لله تعالى وسب غير النبي عليه الصلاة والسلام بآنت منه ديانته وقضاء لما مر وقد قررنا مزايدة على هذا في كفاية المنتهى والله أعلم

كتاب الحجر

لا يفتق شيء من ركني الايمان في المكره على الاسلام واما يكون التحقيق فيه ما هو خارج عن حقيقة الايمان شرط لاجراء الاحكام فوجه الحكم بالاسلام بمجرد تحقق ما هو شرط لاجراء احكامه لا يظهر ظهوره في الاول لا يقال كيف يتمشى ما في الكتاب على المذهب الثاني في حال الاكراه على الردة وعلى تقدير أن يكون الاقرار ركن من الايمان يلزم أن ثبت حكم الردة باجراء كلمة الكفر على اللسان لأنه ينتفي الاقرار اذا ذلك وانتفاء ركن واحد يستلزم انتفاء الكل لاحتمال لا نأقول ان من قال بأن الاقرار ركن من الايمان لم يقل انه ركن أصلي منه كالصديق بل قال انه ركن زائد والتصديق ركن أصلي وفسر معنى كونه ركنًا زائداً بأن الشارع اعتبره في وجود المالك لكن ان عدم بناء على ضرورة جعل الشارع عدمه عفوًا واعتبر المالك موجودًا حكمًا وقد بين ذلك في كتب الاصول بما لا مزيد عليه فعلى هذا يظهر غش ما في الكتاب على هذا المذهب أيضا في حال الاكراه على الاسلام والاكراه على الكفر كما لا يخفى تأمل توقف

كتاب الحجر

أورد الحجر عقيب الاكراه لأن في كل منهما سلب ولاية المختار عن الجري على موجب الاختيار الا أن الاكراه كان أقوى تأثيرا لان فيه سلبها عن له اختيار صحيح وولاية كاملة بخلاف الحجر كان أحق بالتقديم كذا في الشرح ومن محاسن الحجر أن فيه شفقة على خلق الله عز وجل وهي أحد قطبي أمر الديانة والاخر التعظيم لامر الله تعالى وتحقيق ذلك ان الله تعالى خلق الوري وفاتون بينهم في الحجر فجعل بعضهم أولى الرأي والنهي ومنهم أعلام الهدى ومصابيح الدجى وجعل بعضهم مبتلى ببعض أسباب الردى فيما يرجع الى معاملات الدنيا كالمجنون الذي هو عديم العقل والعته الذي هو ناقص

كتاب الحجر

أورد الحجر عقيب الاكراه لأن في كل منهما سلب ولاية المختار عن الجري على موجب اختياره الا أن الاكراه كان أقوى تأثيرا لان فيه سلبها عن له اختيار صحيح وولاية كاملة بخلاف الحجر كان أحق بالتقديم وهو حسن لكونه شفقة على خلق الله تعالى وهي أحد قطبي أمر الديانة

كتاب الحجر

(قوله وهو حسن لكونه شفقة على خلق الله تعالى وهي أحد قطبي أمر الديانة والاخر التعظيم لامر الله تعالى وهو في اللغة عبارة عن المنع) أقول قوله هو في الموضوعين راجع الى الحجر وقوله هو راجع الى الشفقة

والآخر التعظيم لاهراقه وهو في اللغة عبارة عن المنع وفي عرفهم هو المنع عن التصرف في حق شخص مخصوص وهو الصغير والرقيق والمجنون وأسبابه مصادر هذه الأسامي والحق بها المفتي المباحن والطبيب الجاهل والمكاري المغلس بالاتفاق ولما كان أسبابه ما ذكرنا لم يجوز تصرف الصغير (٣١٠) الاباذن وليه ولا تصرف العبد الاباذن سيده ولا يجوز تصرف المجنون المغلوب

قال (الاسباب الموجبة للجبر ثلاثة الصغر والرق والمجنون فلا يجوز تصرف الصغير الاباذن وليه ولا تصرف العبد الاباذن سيده ولا تصرف المجنون المغلوب بحال) أما الصغير فلنقصان عقله غير ان اذن الولي آية أهليته والرق لرعاية حق المولى كي لا يتعطل منافع عبده ولا يملك رقبته بتعلق الدين به غير أن المولى بالاذن رضى بفوات حقه والمجنون لا يتجمعه الاهلية فلا يجوز تصرفه بحال أما العبد فأهل في نفسه والصبي ترتب أهليته فلهذا وقع الفرق قال (ومن باع من هؤلاء شيئا وهو يعقل البيع ويقصده فالولي بالخيار ان شاء أجازة اذا كان فيه مصلحة وان شاء فسخه) لان التوقف في العبد لحق المولى فيختاره وفي الصبي والمجنون نظر الهمما فيجبري مصلحة ما فيه ولا بد أن يعقلا البيع ليو جدر كن العقد فيه قدموقوفا على الاجازة والمجنون قد يعقل البيع ويقصده وان كان لا يرجح المصلحة على المفسدة وهو المعتوه الذي يصلح وكيل عن غيره كالميت في الوكالة فان قبل التوقف عندكم في البيع أما الشراء فالاصل فيه النفاذ على المباشر فلنا نعم اذا وجد نفاذا عليه كما في شراء الفضولي

العقل فأثبت الجبر عليهما عن التصرفات نظر من الشرع لهما لان الظاهر من تصرفهما ضرر يلزمهما اذ ليس لهما عقل كامل يردعهما وتيسر واقر يردعهما وكذلك جبر الصبي والرقيق أما الصبي ففي أول أحواله كالمجنون وفي آخرها كالمعتوه ما هو المتوقع من ضرره ما يتوقع في حق الصبي وأما الرقيق فإنه يتصرف في مال غيره لانه لا مال له ولا يستعمل من يتصرف في مال الغير مثل استعماله في مال نفسه عادة فسدت باب التصرف على الرقيق بالجبر لرقه نظر المولى ثم ان الجبر في اللغة هو المنع فانه مصدر جبر عليه القاضي اذا منعه وفي الشريعة هو المنع عن التصرف في حق شخص مخصوص وهو الصغير والرقيق والمجنون كذا في النهاية والعناية (أقول) فيه قصور أما أولا فلان الجبر في الشريعة ليس هو المنع عن التصرف مطلقا بل هو منع عن التصرف قولاً لا فعلاً كما يفصح عنه ما سياتي في الكتاب من أن هذه المعاني الثلاثة يعني الصغر والرق والمجنون توجب الجبر في الاقوال دون الافعال وأما ثانياً فلان المحجور عليه غير منحصر في الصغير والرقيق والمجنون بل المفتي المباحن والمتطب الجاهل والمكاري المغلس محجور عليهم عند أبي يوسف ومحمد رحمه الله كما صرحوا بذلك كله في عامة المعنيات وسياتي في الكتاب شيئا فشيئا قوله في ذيل التعريف وهو الصغير والرقيق والمجنون تفسير زائد وتقييد كاسد وبالجمله في التعريف المزبور تقصير من حيث اطلاق المقيد وتقييد المطلق وقال في الكافي الجبر في اللغة المنع وفي الشرع منع عن التصرف قولاً لا بفعل وهو جبر وجنون انتهى (أقول) فيه تدارك للحذو والاول ولكن يبقى الحذو والثاني على حاله كالأبختي فالاولى ما ذكر في معراج الدار به فانه قال فيه ثم الجبر لغة المنع مصدر جبر عليه وشرعا منع مخصوص وهو المنع من التصرف قولاً لشخص معروف مخصوص وهو المستحق للجبر بأي سبب كان انتهى ندير (قوله الاسباب الموجبة للجبر ثلاثة الصغر والرق والمجنون) هذه الثلاثة بالاتفاق والحق بما اشتق منها ثلاثة أخرى بالاتفاق أيضا وهي المفتي المباحن والمتطب الجاهل والمكاري المغلس وأما جبر المديون والسفيه بعد ما بلغ رشيداً فعلى قول أبي يوسف ومحمد رحمه الله

بحال ما وأما الذي لا يكون مغلوباً وهو الذي يعقل البيع ويقصده فان تصرفه كتصرف الصبي العاقل كما سيجيء أما عدم جواز تصرف الصبي فلنقصان عقله وأهلية التصرف انما هي بالعقل لكن أهليته مترتبة واذن وليه آية أهليته وأما العبد فله أهلية لكنه جبر عليه لرعاية حق المولى كي لا يتعطل عليه منافع عبده فانه لم يثبت الجبر لنفسه البيع الذي يشرؤه فيلحقه ديون فيأخذ أربابها كسأبه التي هي منفعة المولى وذلك تعطيل لها عنه ولشئ لا يملك رقبته بتعلق الدين به اذا لم يكن له كسب غير أن المولى اذا أذن فقد رضى بفوات حقه والمجنون الغالب لا يجامعه أهلية فلا يجوز تصرفه بحال قال (ومن باع من هؤلاء شيئا) أراد به هؤلاء الصبي والعبد والمجنون الذي يجهن ويفيق وتصرفهم فيما يتردد بين الضر والنفع ينقضه موقوفا اذا كان يعلم أن البيع سالب والشراء جالب ويقصده لافادة هذا الحكم أعني

كون البيع سالباً والشراء جالباً وهو احتراز عن الهازل فان بيعه ليس لافادة هذا الحكم (والولي بالخيار ان شاء أجازة اذا كان فيه مصلحة وان شاء فسخه لان التوقف في العبد لحق المولى فيختاره وفي الصبي والمجنون نظر الهمما فيجبري مصلحة ما فيه ولا بد أن يعقلا البيع ليو جدر كن العقد فيه قدموقوفا على الاجازة والمجنون قد يعقل البيع ويقصده وان كان لا يرجح المصلحة على المفسدة وهو المعتوه الذي يصلح وكيل عن غيره كالميت في الوكالة فان قبل التوقف عندكم في البيع أما الشراء فالاصل فيه النفاذ على المباشر فلنا نعم اذا وجد نفاذا عليه كما في شراء الفضولي

وهنا لم نجد ذلك لعدم الاهلية في الصبي والمجنون أو لضرر المولى فوقته قال صاحب النهاية هذا الذي ذكره عن الاشكال انما يرد على لفظ مختصر القدوري حيث قال فيه ومن باع من هؤلاء شيئا أو اشترى أمما هنا يعني في الهداية فلم يذ كر قوله أو اشترى فلا يرد الاشكال ولكن جعل المذ كور في القدوري مذكورا هنا فأورد الاشكال وهو موجود (٣١١) في بعض النسخ وكذا في نسخة سماي

وكذا ذكره شيخنا في شرحه (قوله وهذه المعاني الثلاثة) يعني الصغير والرق والمجنون (توجب الجحرف في الاقوال) يعني ما تردد من بين النفع والضرر كالبيع والشراء أى هذه المعاني توجب التوقف على الاجازة على العموم بين الصغير والمجنون والعبد وأما ما يتعمد منها ضررا كالطلاق والعناق فانه يوجب الاعداد من الاصل في حق الصغير والمجنون دون العبد وأما ما يتعمد منها نفعا كقبول الهبة والهدية والصدقة فانه لا يجزئ فيه على العموم (قوله دون الافعال) يعني ان المعاني الثلاثة لا توجب الجحرف عن الافعال (لان الشأن ان الافعال لا امر دلها) حتى ان ابن آدم لو انقلب على قارورة انسان فكسرها وجب عليه الضمان في الحال وكذلك العبد والمجنون اذا ألتفأ شيئا لزمهما الضمان في الحال (لان الافعال توجد حسا ومشاهدة) ويحصل بها الاتلاف والاتلاف بعد الحصول لا يمكن أن يجعل كالاتلاف

وهنا لم نجد نفاذ عدم الاهلية أو لضرر المولى فوقته قال (وهذه المعاني الثلاثة توجب الجحرف في الاقوال دون الافعال) لانه لا امر دلها لوجودها حسا ومشاهدة

كذا في الشروح (أقول) قد أطبقت كلمة الفقهاء في كتب الفروع على ادراج العتة في الجنون وجعل الاسباب الاصلية المتفق عليها ثلاثة وهي الصغير والرق والمجنون وفي كتب الاصول على جعل العتة قسمين للجنون كسائر الامور المعترضة على الاهلية ومخالفة في أثر الاحكام فقد خالف اصطلاحهم في الفروع اصطلاحهم في الاصول وهذه من النوادر (قوله وهذه المعاني الثلاثة) التي هي الصغير والرق والمجنون توجب الجحرف في الاقوال حتى أوجب التوقف في الاقوال التي ترد بين النفع والضرر كالبيع والشراء بقرى العموم بين الصغير والمجنون والعبد وأوجب الجحرف من الاصل بالاعداد في حكم أقوال تتمتع ضررا كالطلاق والعناق في حق الصغير والمجنون دون العبد فانه تلك الطلاق كذا في النهاية والكفاية قال صاحب العناية في حل هذا المحل وهذه المعاني الثلاثة يعني الصغير والرق والمجنون توجب الجحرف في الاقوال يعني ما تردد من بين النفع والضرر كالبيع والشراء أى هذه المعاني توجب التوقف على الاجازة على العموم بين الصغير والمجنون والعبد وأما ما يتعمد منها ضررا كالطلاق والعناق فانه يوجب الاعداد من الاصل في حق الصغير والمجنون دون العبد وأما ما يتعمد منها نفعا كقبول الهبة والهدية والصدقة فانه لا يجزئ فيه على العموم انتهى كلامه (أقول) خص الشارح المزبور الاقوال المذكورة في مسألة الكتاب بالاقتوال المترددة بين المنع والضرر حيث قال أعني ما تردد من بين النفع والضرر كالبيع والشراء فلما أخرج عن الاقوال ما تعم نفعا وما تعم ضررا وكان فائدة اخراج الاول ظاهرة لعدم ثبوت الجحرف فيه أصلا دون فائدة ثبوت اخراج الثاني لثبوت الجحرف فيه أيضا في حق الصغير والمجنون خصص معنى إيجاب الجحرف أيضا حيث قال أى هذه المعاني توجب التوقف على الاجازة على العموم بين الصغير والمجنون والعبد وأشار بذلك الى عدم ثبوت الجحرف بهذا المعنى الخصوص فيما يتعمد ضررا من الاقوال ونبه عليه بقوله وأما ما يتعمد منها ضررا كالطلاق والعناق فانه يوجب الاعداد من الاصل في حق الصغير والمجنون دون العبد ولا يذهب عليك أن عبارة الكتاب مع عدم مساعدتها لشيء من التخصيصين المذكورين يلزم اذ ذلك محذوران أحدهما أنه على ذلك المعنى الذي ذهب اليه الشارح المزبور يصير ما لمعنى هذه المسئلة وهي قوله وهذه المعاني الثلاثة توجب الجحرف في الاقوال معنى المسئلة السابقة وهي قوله ومن باع من هؤلاء شيئا أو اشترى وهو يعقل البيع ويقصد فلولي بالتخييار ان شاء أجازة اذا كان فيه مصلحة وان شاء فسخه فلا يكون في إعادة الثانية فائدة التجرد كونها نوطئة لقوله دون الافعال وانها مائة لا يناسب حينئذ ادراج ما يتعمد ضررا من الاقوال كالطلاق والعناق والاقرار في المسائل المتفرعة على هذا الاصل وهو قوله وهذه المعاني الثلاثة توجب الجحرف في الاقوال وقد أدرجه فيها في الكتاب حيث قال فيما بعد والصبي والمجنون لا يصح عقودهما ولا اقرارهما ولا يقع طلاقهما ولا اعتاقهما وصرح الشارح المزبور وغيره هناك بأن تلك المسائل ذكرت تقريرا على الاصل المذكور وقد وقع التصريح ببقاء التفريع في مختصر القدوري في قوله فالصبي والمجنون لا يصح عقودهما ولا اقرارهما ولا يقع طلاقهما ولا اعتاقهما بعد قوله وهذه المعاني الثلاثة توجب الجحرف

(قوله وكذا ذكره شيخنا في

شرحه) أقول أراد الكاكي (قوله يعني ما تردد من بين النفع والضرر) أقول الاولى عندى هو تعميم الاقوال لما تعم ضررا وما تردد بين النفع والضرر ونفاذ طلاق العبد لا يضر لما يخصه المصنف من هذا العموم (قوله فانه يوجب الاعداد من الاصل) أقول فلا ينقد (قوله في حق الصغير والمجنون دون العبد) أقول في البعض كالطلاق دون البعض كالعتاق

(بخلاف الاقوال لان اعتبارها) حال كونها موجودة حاصل (بالشرع والقصد من شرط الاعتبار) وليس للصبي والمجنون قصد لقصور العقل فينتفي المشروط به وأما في العبد فالقصد وان وجد منه ولكنه غير معتبر للزوم الضرر على المولى بغير اختياره فان قيل الاقوال موجودة حسا ومشاهدة فبإلها شرط اعتبارها موجودة شرعا بالقصد دون الاعمال فالجواب من وجهين أحدهما أن الاقوال الموجودة حسا ومشاهدة ليست عين مدلولاتها بل هي دلالات عليها ويمكن تخلف المدلول عن دليله فيمكن أن يجعل القول الموجود بمنزلة المعدوم بخلاف الافعال فان الموجود (٣١٢) منها عينها فبعدم ما وجدت لا يمكن أن تجعل غير موجودة والثاني أن القول

قد يقع صدقا وقد يقع كذبا وقد يقع جذا وقد يقع هزلا فلا بد من القصد ألا يرى أن القول من الحر العاقل البالغ اذا وجد هزلا لم يعتبر شرعا فكذا من هذه الثلاثة بخلاف الافعال فانها حيث وقعت وقعت حقيقة فلا يمكن تبديلها وقوله (الا اذا كان) استثناء من قوله لا مردلها يعني أن الافعال اذا وجدت لا مردلها لكن اذا كان فعل يتعلق به حكم يندرى بالشبهات كالحديد والقصاص يجعل عدم القصد في ذلك شبهة دارئة لما يترتب عليه من الحدود والقصاص قال (والصبي والمجنون لا يصح عقودهما) أراد بعدم الصحة عدم النفاذ لما تقدم في قوله ومن باع من هؤلاء شيئا فالمدلى بالخيار وانما أعاد هذه المسئلة تفرعاً على الاصل المذكور وهو أن هذه المعاني الثلاثة توجب الحظر عن الاقوال لتساق القوليّات في موضع واحد (قوله لان اعتبارها حال

بخلاف الاقوال لان اعتبارها موجودة بالشرع والقصد من شرطه) (الا اذا كان فعلا يتعلق به حكم يندرى بالشبهات كالحديد والقصاص) فيجعل عدم القصد في ذلك شبهة في حق الصبي والمجنون قال (والصبي والمجنون لا تصح عقودهما ولا اقرارهما)

في الاقوال دون الافعال فتعين التفرع بنفس عبارته فالوجه عندى أن اللام في الاقوال في قوله توجب الحظر في الاقوال للجنس وأن المراد بإيجاب الحظر في قوله توجب الحظر في الاقوال ما يسمى بإيجاب التوقف على الاجازة كما في الاقوال المترددة بين النفع والضرر وإيجاب الاعدام من الاصل كما في الاقوال المتعلقة للضرر فلا يحتاج الى اخراج هذا القسم أعنى ما يخص ضررا عن الاقوال المذكورة في الاصل المسطور بل هذا القسم أيضا داخل في جنس الاقوال فيشمله ذلك الاصل فيناسب تفرع المسائل الانية بأسرها عليه ولا يضر عدم تحقق الحظر في الاقوال التي تمتع بنفسها لان تحقق الحظر في جنس الاقوال لا يقتضي تحققه في جميع أفرادها فصار الاصل المزبور مجعلا وما فرغ عليه من المسائل تبينهال فما جعل في تلك المسائل مما يحجر فهو داخل تحت حكم الحظر وما لا فلا تأمل توقف (قوله بخلاف الاقوال لان اعتبارها موجودة بالشرع والقصد من شرطه) أقول فيه اشكال لان الطلاق والعناق والعقود عن القصاص واليمين والنذر كلها من الاقوال المعسرة في الشرع مع أن القصد ليس بشرط لاعتبارها في الشرع ألا يرى أن طلاق العاقل البالغ هازلا وكذا عناق الحر البالغ هازلا وكذا ايمنه هازلا ونذره هازلا يصح معتبر في الشرع على ما صرحوا به في مواضعها سيما في مباحث الهزل من كتب الاصول مع أن الهزل ينافي القصد لا محالة فان عدم القصد والارادة معتبر في نفس مفهوم الهزل وقال في العناية فان قيل الاقوال موجودة حسا ومشاهدة فبإلها شرط اعتبارها موجودة شرعا بالقصد دون الافعال فالجواب من وجهين أحدهما أن الاقوال الموجودة حسا ومشاهدة ليست عين مدلولاتها بل هي دلالات عليها ويمكن تخلف المدلول عن دليله فيمكن أن يجعل القول الموجود بمنزلة المعدوم بخلاف الافعال فان الموجود منها عينها فبعدم ما وجدت لا يمكن أن تجعل غير موجودة والثاني أن القول قد يقع صدقا وقد يقع كذبا وقد يقع جذا وقد يقع هزلا فلا بد من القصد ألا يرى أن القول من الحر العاقل البالغ اذا وجد هزلا لم يعتبر شرعا فكذا من هذه الثلاثة بخلاف الافعال فانها حيث وقعت وقعت حقيقة فلا يمكن تبديلها انتهى (أقول) في كل من وجهي الجواب نظر أما في الاول فانه غير متمم في الانشآت لانها لا يجاد أن لا يمكن تخلف مدلولاتها عنها ولا يخفى أن أكثر الاقوال المعسرة في الشرع في افادة الاحكام الشرعية من قبيل الانشآت فلا يستم التقريب وأما في الثاني فلانه متفرض بما تساوى فيه الحد والهزل من الاقوال كالطلاق والعناق ونحوهما تدبر تفهم (قوله والصبي والمجنون لا تصح عقودهما ولا اقرارهما الخ) أراد بعدم الصحة عدم النفاذ لما تقدم في قوله ومن باع

كونها موجودة) أقول لا يخفى عليك أن موجودة مفعول ثان للاعتبار أى اعتبارها مفيدة للاحكام بالشرع ومعنى الوجود ما يترتب عليه الاثار والاحكام (قوله فيمكن أن يجعل القول الموجود بمنزلة المعدوم) أقول لم يتبين مما ذكره سبب شرطية القصد في اعتبارها موجودة شرعا (قوله فلا بد من القصد) أقول السؤال أنه لم يكن بد من القصد (قوله قال والصبي والمجنون لا يصح عقودهما) أراد بعدم الصحة عدم النفاذ الخ) أقول واذا أريد بالصبي الغير العاقل والمجنون المغلوب لا يحتاج الى تبويل عدم الصحة بعدم النفاذ ويخلص كلام المصنف عن وصمة التكرار

وقوله (لما بينا) إشارة إلى قوله والقصد من شرطه (ولا يقع طلاقهما ولا اعتاقهما لقوله عليه الصلاة والسلام كل طلاق واقع الاطلاق الصبي والمعتوه) رواه الترمذي عن أبي هريرة رضي الله عنه (والاعتاق يتمحض مضرة) لا بحالة (و) الطلاق وان أمكن أن يتوردين النفع والضرر باعتبار موافقة الاخلاق بعد البلوغ لكن الصبي (لا وقوف له على المصلحة في الطلاق بحال) أما في الحال (٣١٣) (ف) لعدم الشهوة

وأما في المال فلان علم المصلحة فيه يتوقف على العلم بتباين الاخلاق وتناثر الطباع عند بلوغه حد الشهوة ولا علم به بذلك (و) الولي وان أمكن أن يقف على مصلحته في الحال لكن (لا وقوف له على عدم التوافق على اعتبار بلوغه حد الشهوة فلهذا لا يتوقفان على اجازته ولا يتوقفان بمباشرة) أي الولي (بمختلف سائر العقود) وقوله (وان ألتفاسياً) بيان لتفريع الاعمال على الاصل المذكور ومعناه ظاهر وقوله (والخائط المائل بعد الشهاد) يعني أنه لا قصد من صاحب الخائط في وقوع الخائط ومع ذلك يجب الضمان (قوله على ما بيناه) إشارة إلى قوله بخلاف الاقوال والقصد من شرطه وقوله (فأما العبد فاقراره نافذ) معطوف على قوله والصبي والمجنون لا يصح عقودهما ولا اقرارهما ومعناه ظاهر (قوله لما روينا) إشارة إلى قوله عليه الصلاة والسلام كل طلاق واقع الاطلاق الصبي والمعتوه وكلامه ظاهر

لما بينا (ولا يقع طلاقهما ولا اعتاقهما) لقوله عليه الصلاة والسلام كل طلاق واقع الاطلاق الصبي والمعتوه والاعتاق يتمحض مضرة ولا وقوف للصبي على المصلحة في الطلاق بحال لعدم الشهوة ولا وقوف للولي على عدم التوافق على اعتبار بلوغه حد الشهوة فلهذا لا يتوقفان على اجازته ولا يتوقفان بمباشرة بخلاف سائر العقود قال (وان ألتفاسياً) هما ضمنا (أحياء لمحق المتلف عليه وهذا لان كون الاتلاف موجبا لا يتوقف على القصد كالذي يتلف بانقلاب النائم عليه والخائط المائل بعد الشهاد بخلاف القول على ما بيناه قال (فأما العبد فاقراره نافذ في حق نفسه) لقيام أهليته (غير نافذ في حق مولاه) رعاية لجانبه لان نفاذه لا يعبرى عن تعلق الدين برقبته أو كسبه وكل ذلك اتلاف ماله قال (فان أقر بعمال لزمه بعد الحرية) لوجود الاهلية وزوال المانع ولم يلزمه في الحال لقيام المانع (وان أقر بمحض أو قصاص لزمه في الحال) لانه مبقى على أصل الحرية في حق الدم حتى لا يصح اقرار المولى عليه بذلك (و) ينفذ طلاقه لما روينا وقوله عليه الصلاة والسلام لا يملك العبد والمكاتب شيئا الاطلاق ولانه عارف بوجه المصلحة فيه فكان أهلا وليس فيه ابطال ملك المولى ولا تقويت منافعها فينفذ والله أعلم بالصواب

من هؤلاء شيئا قالوا بالخيار وانما أعاد المسئلة تفريعا على الاصل المذكور وهو أن هذه المعاني الثلاثة توجب الحجر عن الاقوال لتناقى القبوليات في موضع واحد كذا في العناية والنهاية قال بعض الفضلاء واذا أريد بالصبي والمجنون الصبي الغير العاقل والمجنون المغلوب لا يحتاج إلى تأويل لعدم الصحة بعدم النفاذ ويخلص كلام المصنف عن وصمة السكر انتهى وقد أخذ هذا المعنى من آخر كلام صاحب غاية البيان هو منافاته قال أراد بقوله لا يصح لا ينفذ لان بيعهما وسائر تصرفاتهما الذي يتوردين النفع والضرر موقوف على اجازة الولي لا يرى إلى ما قال قبل هذا بقوله ومن باع من هؤلاء شيئا وهو يعقل البيع ويقصده فالولي بالخيار ان شاء اجازة الا اذا أريد بقوله والصبي من لا يعقل أصلا وقوله والمجنون الذي لا يقبض أصلا فحينئذ يجري قوله ولا يصح على ظاهره انتهى كلامه (أقول) لا مساغ لذلك الاحتمال لان حمل الصبي والمجنون في قوله والصبي والمجنون لا تصح عقودهما على الصبي الغير العاقل والمجنون المغلوب فقط مما لا تساعده القاعدة فان المعروف بلام التعريف اذا لم يكن هناك معه وداعيا يحمل على الجنس في قاعدة أهل العربية وعلى الاستغراق في قاعدة أهل الاصول كما تقرر كله في موضعه فهنا الصبي الغير العاقل والمجنون المغلوب لم يعهدا بخصوصهما قطعاً لا بد أن يراد بالصبي والمجنون المذكورين ههنا جنسهما أو جميع أفرادهما على احدي القاعدتين لاحضة مخصوصة منهما كما لوهم ولئن لم يساعدة القاعدة لذلك فلأراد بهما ههنا ذلك القسم العيين منهما لزم أن لا تكون أحكام عقود الصبي الغير العاقل والمجنون الغير المغلوب الذي هو المعتوه ولا أحكام اقرارهما وطلاقهما واعتاقهما مذكورة في كتاب الحجر أصلا إذ موضع ذلك تلك الأحكام هنا ولم تذكر في موضع آخر من هذا الكتاب فيلزم أن تكون متركة سدئ ولا يخفى فسادها ولا يحتلج في وهما أنهما تفهم بما ذكره لان سبب الحجر في الصبي الغير العاقل والمجنون المغلوب أقوى من سببه في غيرهما فلا يدل عدم صحة تصرف في حقهما على عدم صحته في حق غيرهما كما لا يخفى (قوله والاعتاق يتمحض مضرة ولا وقوف للصبي على المصلحة في الطلاق بحال لعدم الشهوة ولا وقوف للولي على عدم التوافق على اعتبار بلوغه حد الشهوة) قال صاحب

(قوله باعتبار موافقة

(٤٠ - تكمله سابع)

التوافق على اعتبار بلوغه حد الشهوة) أقول يعني أن الطلاق ليس من تلك المصالح التي توقيف عليها في الحال (قوله وقوله وان ألتفاسياً) شيئا بيان لتفريع الاعمال على الاصل المذكور (أقول فيه بحث

باب الجبر للفساد

آخر هذا الباب لان ما تقدم عليه متفق عليه وهذا مختلف فيه والمراد بالفساد ههنا هو السفه وهو خفة تعترى الانسان فتحملة على العمل بخلاف موجب الشرع والعقل مع قيام العقل وقد غلب في عرف الفقهاء على تبذير المال واتلافه على خلاف مقتضى العقل والشرع (قال أبو حنيفة رحمه الله لا يجبر على الحر البالغ العاقل السفه وتصرفه في ماله جائز وان كان مبذرا مفسدا يتلف ماله فيما لا غرض له فيه ولا مصلحة وقال أبو يوسف ومحمد ورجعهما الله وغو قول الشافعي رحمه الله لا يجبر على السفه ويمنع من التصرف في ماله)

آخر هذا الباب لان أسباب الجبر فيما تقدم عليه سماوية وسبب الجبر ههنا مكتسب والسماء في التأثير أقوى فكان التقديم أولى ولان الجبر في الاول متفق عليه وفي الثاني مختلف فيه والمتفق عليه أخرى بالتقديم قال في العنايه والمراد بالفساد ههنا هو السفه وهو خفة تعترى الانسان فتحملة على العمل بخلاف موجب الشرع والعقل مع قيام العقل وقد غلب في عرف الفقهاء على تبذير المال واتلافه على خلاف مقتضى العقل والشرع انتهى (أقول) في تفسير كل من معني السفه على الوجه المذكور ثني أما في الاول فهو ان العمل بخلاف موجب العقل مع قيام العقل مشكل اذا الظاهر ان موجب الشيء لا يتخلف عنه وعن هذا قال في المبسوط والكافي السفه هو العمل بخلاف موجب الشرع واتباع الهوى وترك ما يدل عليه الحجا وأما في الثاني فهو انه ان كان معني السفه في عرف الفقهاء تبذير المال واتلافه على خلاف مقتضى العقل والشرع فكيف القول من أبي حنيفة رحمه الله بعدم الجبر على السفه اذا لم يمسأع لعدم المنع عما هو خلاف مقتضى الشرع عند أحد من الفقهاء ويمكن الجواب عن الاول بأن المراد بخلاف موجب العقل خلاف موجب حكم العقل لا خلاف موجب نفس العقل فاللازم عدم التخلف عن حكم العقل لاعتنائه بنفسه ولا محذور فيه لا يمكن العمل بخلاف ما أوجبه حكم العقل كما هو حال النفوس الخبيثة وعن الثاني بأن ما هو على خلاف مقتضى الشرع يجب أن ينهى عنه تركه باللسان على الاتفاق ومنه عمل السفه بالسفه وأما الجبر عنه بمعنى ابطال حكم التصرف بالكليسة وان كان ذلك التصرف في نفس مال التصرف فهو أمراً آخر واما ذلك لم يقل به أبو حنيفة بناء على استدعائه ضرراً أشد من ضرر اتلاف المال كما سيأتي بيانه في الكتاب وقال في النهاية ثم اعلم أن مسائل هذا الباب كلها مبنية على قول أبي يوسف ومحمد رحمه الله لا على قول

باب الجبر للفساد

باب الجبر للفساد

(قال أبو حنيفة رحمه الله لا يجبر على الحر البالغ العاقل السفه وتصرفه في ماله جائز وان كان مبذرا مفسدا يتلف ماله فيما لا غرض له فيه ولا مصلحة وقال أبو يوسف ومحمد ورجعهما الله وغو قول الشافعي رحمه الله لا يجبر على السفه ويمنع من التصرف في ماله)

النهاية في شرح هذا المقام والاعتناق يتمحض مضرة لاحالة والطلاق وان أمكن ان يسترد دين النفع والضرر باعتبار موافقة الاخلاق بعد البلوغ لكن الصبي لا وقوف له على المصلحة في الطلاق بحال أما في الحال فلعدم الشهوة وأما في المال فلان علم المصلحة فيه يتوقف على العلم بتباين الاخلاق وتناظر الطبعاع عند بلوغه حد الشهوة ولا علم له بذلك والولي وان أمكن أن يقف على مصلحته في الحال لكن لا وقوف له على عدم التوافق على اعتبار بلوغه حد الشهوة انتهى كلامه (أقول) فيه بحث أما أولاً فلان جرحه الطلاق مما يتردد بين النفع والضرر مخالف لما صرح به نفسه وسائر الشراح فيما مر من أنه مما يتععض ضرراً اللهم الا أن يحمل كلامه ههنا على التنزل والتسليم فتأمل وأما ثانياً فلانه ان أراد بالمصلحة في قوله والولي وان أمكن أن يقف على مصلحته في الحال مصلحة الصبي في الطلاق كما هو الملائم لما نحن فيه وهو المطابق لقوله من قبل لكن الصبي لا وقوف له على المصلحة في الطلاق يلزم أن لا يتم قوله وان أمكن أن يقف على مصلحته في الحال لان عدم الوقوف على مصلحته في الطلاق في الحال عدم شهوته في الحال كما أفصح عنه المصنف والشارح المزبور في تعليل عدم وقوف الصبي على تلك المصلحة فعند تقرير هاتيك العلة كيف يمكن الاول أن يقف على تلك المصلحة وان أراد بالمصلحة المذكورة مصلحته في غير الطلاق يكون ذلك كرها لغوا في اثبات ما نحن فيه كما لا يخفى

باب الجبر للفساد

آخر هذا الباب لان أسباب الجبر فيما تقدم عليه سماوية وسبب الجبر ههنا مكتسب والسماء في التأثير أقوى فكان التقديم أولى ولان الجبر في الاول متفق عليه وفي الثاني مختلف فيه والمتفق عليه أخرى بالتقديم قال في العنايه والمراد بالفساد ههنا هو السفه وهو خفة تعترى الانسان فتحملة على العمل بخلاف موجب الشرع والعقل مع قيام العقل وقد غلب في عرف الفقهاء على تبذير المال واتلافه على خلاف مقتضى العقل والشرع انتهى (أقول) في تفسير كل من معني السفه على الوجه المذكور ثني أما في الاول فهو ان العمل بخلاف موجب العقل مع قيام العقل مشكل اذا الظاهر ان موجب الشيء لا يتخلف عنه وعن هذا قال في المبسوط والكافي السفه هو العمل بخلاف موجب الشرع واتباع الهوى وترك ما يدل عليه الحجا وأما في الثاني فهو انه ان كان معني السفه في عرف الفقهاء تبذير المال واتلافه على خلاف مقتضى العقل والشرع فكيف القول من أبي حنيفة رحمه الله بعدم الجبر على السفه اذا لم يمسأع لعدم المنع عما هو خلاف مقتضى الشرع عند أحد من الفقهاء ويمكن الجواب عن الاول بأن المراد بخلاف موجب العقل خلاف موجب حكم العقل لا خلاف موجب نفس العقل فاللازم عدم التخلف عن حكم العقل لاعتنائه بنفسه ولا محذور فيه لا يمكن العمل بخلاف ما أوجبه حكم العقل كما هو حال النفوس الخبيثة وعن الثاني بأن ما هو على خلاف مقتضى الشرع يجب أن ينهى عنه تركه باللسان على الاتفاق ومنه عمل السفه بالسفه وأما الجبر عنه بمعنى ابطال حكم التصرف بالكليسة وان كان ذلك التصرف في نفس مال التصرف فهو أمراً آخر واما ذلك لم يقل به أبو حنيفة بناء على استدعائه ضرراً أشد من ضرر اتلاف المال كما سيأتي بيانه في الكتاب وقال في النهاية ثم اعلم أن مسائل هذا الباب كلها مبنية على قول أبي يوسف ومحمد رحمه الله لا على قول

لانه مبذرماله بصرفه لاعلى الوجه الذى يقتضيه العقل فيحجر عليه نظرا له اعتبارا بالصبي بل أولى لان
الثابت في حق الصبي احتمال التبذير وفي حقه حقيقته ولهذا منع عنه المال ثم هو لا يفيد بدون الحجر
لانه يتلف بلسانه ما منع من يده

أبي حنيفة رحمه الله فانه لا يرى الحجر للفساد والسفه أصلا انتهى (أقول) ليس هذا الكلام بسديد
فإن أكثر مسائل هذا الباب مما اتفق عليه أبو حنيفة وصاحبا كقوله وإن أعنت عبدان فذعتقه
وقوله ولو دبر عبده جاز وقوله ولو جاءت جارية بولد فادعاه ثبت نسبه منه وكان الولد حرا والجارية أم
ولده وقوله وإن تزوج امرأة جاز نكاحها وإن سمي إلهامها جاز منه مقدره حرملها وقوله ولو
طلقها قبل الدخول وجب لها النصف وقوله وتخرج الزكاة من مال السفه وينفق على أولاده
وزوجته ومن تجب نفقته من ذوى أرحامه وقوله فإن أراد حجة الاسلام لم يمنع منها ولو أراد عرة
واحدة لم يمنع منها وقوله فإن مرض وأوصى بوصايا في القرب وأبواب الخير جاز ذلك في ثلث ماله وقوله
ولا يحجر الفاسق عندنا إذا كان مصليا للماله وإنما المسائل الخلافية بين أبي حنيفة وصاحبيه من
مسائل هذا الباب ثلاث ثلثان منها مذكورتان في أول الباب في الهداية والبداية أحدهما مسألة
أنه لا يحجر السفه فيه عند أبي حنيفة ويحجر عندهما وآخرهما مسألة أن الغلام البالغ غير رشيد
إذا بلغ خسا وعشرين سنة يسم إليه ماله عند أبي حنيفة وإن لم يؤنس منه الرشد وعندهما لا يدفع
إليه ماله أبدا حتى يؤنس منه رشده وواحدة منهما مذكورة في آخر الباب في الهداية وحدها
وهي مسألة أن يحجر القاضي بسبب الغفلة عندهما ومع ذلك جعل قول أبي حنيفة في المسئلتين
الأوليتين أصلا في الذكر وقولهما تبعاله فلم يبق من مسائل هذا الباب ما هي مبنية على قولهما إلا على
قوله إلا المسئلة الأخيرة المذكورة في الهداية وحدها فكيف يصح القول بأن مسائل هذا الباب كلها
مبنية على قول أبي يوسف ومحمد لا على قول أبي حنيفة * ثم أقول لو قال بدل ذلك الكلام ثم أعلم
أن تلقيب هذا الباب باب الحجر للفساد مبنى على قول أبي يوسف ومحمد لا على قول أبي حنيفة فانه لا يرى
الحجر للفساد والسفه أصلا لكان له وجه صحيح كما لا يخفى (قوله لانه مبذرماله بصرفه لاعلى الوجه الذى
يقتضيه العقل فيحجر عليه نظرا له اعتبارا بالصبي) قال صاحب الغاية واستدل المصنف بقوله لانه
مبذرماله بصرفه لاعلى الوجه الذى يقتضيه العقل وكل من هو كذلك يحجر عليه نظرا له كالصبي فهذا
يحجر عليه اه (أقول) تقريره غير مطابق للشروح إذ لا يخفى أن حاصل كلام المصنف هنا قياس السفه
على الصبي قياسا تقريرا في وجوب الحجر و يرشد إليه قطعاً قوله فيما ساقى من قبل أبي حنيفة ولا يصح
القياس على منع المال ولا على الصبي وقد قدره الشارح المذكور على القياس المنطقي حيث قدر الكبرى
الكبيرة وجعل قوله فيحجر عليه نتيجة القياس كما ترى ثم إن صاحبي النهاية والعناية قالوا هذا الدليل
الذي ذكره المصنف إنما يصح على قول أبي يوسف ومحمد لا على قول الشافعي لأن حجر السفه عنده بطريق
الزجر والعقوبة عليه لا بطريق النظره وقالوا فائدة هذا الخلاف بينهم تظهر فيما إذا كان السفه
مفسدا في دينه مصليا في ماله كالفاقد فعند الشافعي يحجر عليه زجرا وعقوبة وعندهما لا يحجر عليه
اه (أقول) فيه نظر لأن من كان مصليا في ماله لا يسمى سفها في عرف الفقهاء كما أفصح عنه صاحب
العناية فيما مر حيث قال وقد غلب في عرف الفقهاء على تبذير المال واتلافه على خلاف مقتضى
العقل والشرع وأما كون المصلح في ماله إذا كان مفسدا في دينه يسمى بالسفه على معناه الأصلي فلا
يجدى تبعاه هنا لأنهم يصدون بيان حكم السفه في عرف الفقهاء بأنه لا يحجر عليه عند أبي حنيفة
ويحجر عليه عند أبي يوسف ومحمد والشافعي ولو كان الفاسق داخل في السفه فيه في عرفهم لما
صح بيان الحكم بالوجه المذكور فإن الفاسق لا يحجر عليه عند أحد من أئمتنا كما ساقى في الكتاب

واستدل المصنف رحمه الله
بقوله (لانه مبذرماله بصرفه
لاعلى الوجه الذى يقتضيه
العقل) كل من هو كذلك
(يحجر عليه نظرا له كالصبي)
فهذا يحجر عليه (بل أولى
لان الثابت في حق الصبي
احتمال التبذير وفي حقه
حقيقته والدليل على صحة
هذا منع المال منه والمنع
لا يفيد بدون الحجر لانه
يتلف بلسانه ما منع من يده)
وهذا الذي ذكره من الدليل
أنما يصح على قولهما فأما
على قول الشافعي رحمه الله
فلا يصح لان حجر السفه
عنده بطريق الزجر
والعقوبة عليه لا بطريق
النظره والقائدة تظهر فيما
إذا كان السفه مفسدا في
دينه مصليا في ماله كالفاقد
فعنده يحجر عليه زجرا
وعقوبة ولا يحجر عليه
عندهما

(ولاي حنيفة رجه الله أنه مخاطب عاقل) كل من هو كذلك (لا يحجر عليه كالرشد) ونقض بالعبد فإنه مخاطب عاقل ويحجر عليه وأجيب بأنه قال مخاطب وهو مطلق والمطلق ينصرف الى الكامل والعبد ليس بكامل في كونه مخاطباً بسقوط الخطابات المالية كالزكاة وصدقة الفطر والاضحية والكفارات المالية وبعض الخطابات الغير المالية كالخمس والجمعة والعديد والشهادات وشطر الحدود وغيرها ولو ضم الى ذلك حرسقط الاعتراض (وهذا) أي عدم الحجر (لان) في الحجر سلب ولايته (وفي سلب ولايته اهدار آدميته) وهو ظاهر (قوله ولا يصح القياس على منع المال) جواب عن قوله ما اهدا هذا منع عنه المال وتقريره أن منع المال منه ليكون هو بطريق العقوبة عليه زجره على التبذير والحجر أبلغ منه في العقوبة لما ذكرنا فلا يقاس عليه وقوله (ولا على الصبي) جواب عن قوله ما اعتبارا بالصبي أي لا يقاس السفه على الصبي (لانه عاجز عن النظر لنفسه وهذا قادر (٣١٦) عليه نظره الشارع مرة باعطاء آله القدرة) لما ذكرنا أنه عاقل (والجري على خلافه

ولاي حنيفة رجه الله أنه مخاطب عاقل فلا يحجر عليه اعتبارا بالرشد وهذا لان في سلب ولايته اهدار آدميته والحاقه بالبهائم وهو أشد ضررا من التبذير فلا يتحمل إلا على لدفع الأدنى حتى لو كان في الحجر دفع ضرر عام كالخمس على المتطبل الجاهل والمقتضى الماحن والمكاري المفسد جاز فيما يروى عنه اذ هو دفع ضررا لا على الأدنى ولا يصح القياس على منع المال لان الحجر أبلغ منه في العقوبة ولا على الصبي لانه عاجز عن النظر لنفسه وهذا قادر عليه نظره الشارع مرة باعطاء آله القدرة والجري على خلافه لسوء اختباره ومنع المال مقيد لان غالب السفه في الهبات والصدقات وذلك يقف على اليد قال (واذا حجر القاضي عليه ثم رفع الى قاض آخر فأبطل حجره وأطلق عنه جاز) لان الحجر منه فتوى وليس بقضاء الأري أنه لم يوجد المقضي وهو المقضي عليه ولو كان قضاء فتفس القضاء مختلف فيه فلا بد من الامضاء حتى لو رفع تصرفه بعد الحجر الى القاضي الجائر أو الى غيره فقضي بطلان تصرفه ثم رفع الى قاض آخر نفذ ابطاله لان اتصال الامضاء به فلا يقبل النقص بعد ذلك (ثم عند أبي حنيفة اذا بلغ الغلام غير رشيد لم يسلم اليه ماله حتى يبلغ خسا وعشرين سنة فان تصرف فيه قبل ذلك نفذ تصرفه فاذا بلغ خسا وعشرين سنة يسلم اليه ماله وان لم يؤنس منه الرشد وقال لا يدفع اليه ماله أبدا حتى يؤنس منه رشه

لسوء اختياره) فكان قياس قادر على عاجز وهو فاسد وقوله (ومنع المال مقيد) جواب عن قوله ثم هو لا يفيد بدون الحجر يعني أن منع المال بدون الحجر مقيد (لان غالب السفه) انما يكون (في الهبات والصدقات وذلك يقف على اليد) أي لا يملك الا بالقبض فاذا لم يكن في يده شيء يمتنع عن ذلك وان فعل لم يفد (قوله واذا حجر الخ) تقرير على مسألة الحجر ومعناه أن القاضي ان حجر على السفه على رأيه ثم رفع حكمه الى قاض آخر فأبطل حجره وأطلق جاز تصرفه وكان الواجب أن لا يجوز لان قضاءه لاقى مجتهدا فيه ونقضه باطل وانما جاز لان الحجر من القاضي فتوى لا قضاء لان الفضله يقتضي المقضي له والمقضي عليه ولا مقضي له ههنا سلطنا وجود المقضي له على احتمال بعيد وهو أن يجعل السفه مقضيا له من

(قوله ولاي حنيفة انه مخاطب عاقل فلا يحجر عليه اعتبارا بالرشد) قيل يشكك هذا بالعبد فإنه مخاطب عاقل أيضا ومع ذلك يحجر عليه وأجيب بوجهين أحدهما أنه ذكر الخطاب مطلقا والمطلق ينصرف الى الكامل والعبد ليس بمخاطب كامل لسقوط الخطابات المالية عنه كالزكاة وصدقة الفطر والاضحية والكفارات المالية وسقوط بعض الخطابات الغير المالية كالخمس وصلاة الجمعة والعديد والشهادات وشطر الحدود وغيرها والثاني أن المراد بالخطاب في قوله انه مخاطب هو الخطاب بالتصرفات المالية بدلالة محل الكلام لان الكلام في الحجر عن التصرفات المالية كالبيع والشراء والهبات والصدقات فحينئذ لا يتناول قوله انه مخاطب العبد لانه لا مال له فلا تصرف له في المال ولا خطاب فيه هذا زبدية مافي النهاية وغيرها (أقول) بقي في كلام المصنف شيء وهو أن قوله عاقل بعد قوله انه مخاطب مستدرك لان الخطاب لا يكون الا عاقلا فان ما ليس بعاقل كالصبي والمجنون ليس بمخاطب لا محالة (قوله وقال لا يدفع اليه ماله أبدا حتى يؤنس منه رشه) قال صاحب العناية ونسأح عبارة في الجمع بين الابدوح

ظاهر
المقضي عليه ولا مقضي له ههنا سلطنا وجود المقضي له على احتمال بعيد وهو أن يجعل السفه مقضيا له من حيث ان الحجر نظره لكن نفس هذا القضاء مختلف فيه فان أباح حنيفة رضي الله عنه لم يقل به فصار محملا للقضاء يحتاج الى امضاء فلورفع تصرفه بعدا الحجر الى القاضي الجائر أو الى غيره فقضي بطلان تصرفه وصحة الحجر ثم رفع الى قاض آخر نفذ ابطاله لان اتصال الامضاء به فلا يقبل النقص بعد ذلك ثم ان عند أبي حنيفة رجه الله اذا بلغ الغلام سفها منع عنه ماله الى خمس وعشرين سنة وتصرفه قبل ذلك نافذة لانه لا يحجر عليه عنده فاذا بلغ ذلك سلم اليه ماله وان لم يؤنس الرشد منه وقال لا يدفع اليه ماله حتى يؤنس منه رشه

(قوله وأجيب بأنه قال مخاطب الخ) أقول ولعل الأولى أن يقال المراد بمخاطب في حق تصرف يتصل بماله اذ الكلام فيه فيخرج العبد اذا لماله ولا خطاب فيه (قوله لسقوط الخطابات المالية الخ) أقول فيه بحث (قوله ومعناه أن القاضي ان حجر على السفه على رأيه) أقول الضمير في رأيه راجع الى القاضي (قوله نصار محلا) أقول يعني فصار نفس القضاء محلا

وتساع عبارته في الجمع بين الابدوحي ظاهر (ولا يجوز تصرفه في ماله لان علة المنع السفة فيبقى ببقائه كالصبا ولا ي خيفة رجه الله أن منع المال عنه بطريق التأديب) وهذا الدليل يمكن أن يوجه على وجهين أحدهما أن يقال سلما أن علة المنع السفة لكن المعاول هو المنع من حيث التأديب وهذا يقتضي أن يكون محلا للتأديب ولا تأديب بعده هذه المدة ظاهر او غالبا لانه في هذه المدة يصير جدا باعتبار أقل مدة البلوغ في الانزال وهو اثنتا عشرة سنة وأقل مدة الحمل وهو ستة أشهر واذ لم يبق قابلا للتأديب فلا فائدة في المنع فلزم الدفع والثاني أن يجعل معارضة يقال ما ذكرتم وان دل على ثبوت المدلول لكن عندنا ما ينفيه وهو أن منع المال عنه (٣١٧) بطريق التأديب الخ (قوله ولان المنع دليل

ولا يجوز تصرفه فيه) لان علة المنع السفة فيبقى ما بقي العلة وصار كالصبا ولا ي خيفة رجه الله أن المنع المال عنه بطريق التأديب ولا تأديب بعده هذا ظاهر او غالبا ألا يرى أنه قديم جدا في هذا السن فلا فائدة في المنع فلزم الدفع ولان المنع باعتبار أثر الصبا وهو في أوائل البلوغ وينقطع بتطاول الزمان فلا يبقى المنع وله هذا قال أبو حنيفة لو بلغ رشيدا ثم صار سفيها لا يمنع المال عنه لانه ليس بأثر الصبا ثم لا يتأق التفرع على قوله

ظاهر اه (أقول) يمكن توجيه عبارته بأن يحمل الابد على الزمان الطويل الممتد كما جعل بعض المفسرين الخلود في قوله تعالى ومن يقتل مؤمنا متعمدا فجزاؤه جهنم خالدا فيها على المكث الطويل فحينئذ لا تدفع بين الابدوحي كالأبدي (قوله ولا ي خيفة أن منع المال عنه بطريق التأديب ولا تأديب بعده هذا ظاهر او غالبا ألا يرى أنه يصير جدا في هذا السن فلا فائدة في المنع فلزم الدفع) قال صاحب النهاية وهذا الدليل يمكن أن يوجه على وجهين أحدهما أن يقال سلما أن علة المنع السفة لكن المعاول هو المنع من حيث التأديب وهذا يقتضي أن يكون محلا للتأديب ولا تأديب بعده هذه المدة ظاهر او غالبا لان في هذه المدة يصير جدا باعتبار أقل مدة البلوغ في الانزال وهو اثنتا عشرة سنة وأقل مدة الحمل وهو ستة أشهر واذ لم يبق قابلا للتأديب فلا فائدة في المنع فلزم الدفع والثاني أن يجعل معارضة يقال ما ذكرتم وان دل على ثبوت المدلول لكن عندنا ما ينفيه وهو أن منع المال عنه بطريق التأديب الخ اه كلامه وقد انتفى أثره الشارح العيني (أقول) في تقرير الوجه الاول على ما ذكره خلل اذ على تقدير تسليم كون علة المنع السفة وادعاء أن المعاول هو المنع من حيث التأديب دون المنع المطلق يلزم أن يتخلف المعاول عن العلة بعد تلك المدة لعدم تحقق المنع من حيث التأديب بعدها بناء على عدم كون الحمل قابلا للتأديب مع تحقق السفة بعدها أيضا ولا شك أن يتخلف المعاول عن العلة باطل ولهذا قال في دليل الامامين فيبقى ما بقي العلة فاعترض التأديب مع المنع في جانب المعاول باطل أيضا لاستلزامه ذلك الباطل المحال والصواب عندى في تقرير الوجه الاول أن يقال ان علة المنع ليس هو السفة وحده بل هو مع قصد التأديب فاذا لم يبق الحمل قابلا للتأديب بعد تلك المدة لم يقصد التأديب بعدها فانفتحت العلة بانتفاء أحد جزأيها وهو قصد التأديب فلزم انتفاء المعاول الذي هو المنع أيضا بعدها فوجب الدفع فصار حاصل هذا الدليل على هذا الوجه هو المنع لا التسليم كما توهم (قوله ولان المنع باعتبار أثر الصبا وهو في أوائل البلوغ وينقطع بتطاول الزمان فلا يبقى المنع) فان قيل الدفع معلق بآيناس الرشد فمال يوجد لا يجوز الدفع اليه وأجيب بان الشرط يوجب الوجود عند الوجود لا العدم عند العدم سلما لكنه منكر براديه أدنى ما ينطلق عليه وقد وجد ذلك اذا وصل الانسان الى هذه الحالة لصيرورة فروعه أصلا فكان متناهيا في الاصلة (أقول) الظاهر أن كونه متناهيا في الاصلة عند وصوله الى تلك المدة لا يقتضي رشده لحصول ذلك في الجنون أيضا مع عدم تصور الرشد فيه سلما لكنه لا يتأق التفرع على قوله) أراد أن التفرع الذي ذكره القدوري في مختصره بقوله فاذا باع لا ينفذ لا يتأق على قول أبي حنيفة رضى الله عنه

آخر وتقر به أن المنع بعد البلوغ اذا لم يؤنس رشده باعتبار أثر الصبا لان العادة وجدانه في أوائل البلوغ ثم ينقطع بتطاول المدة وقد رد ذلك بخمس وعشرين سنة ولان مدة البلوغ من حيث السن ثمان عشرة سنة وما قرب من البلوغ فهو في حكم البلوغ وقد رد ذلك بجمع سنين اعتبر اربعة التميز في الابتداء على ما أشار اليه عليه الصلاة والسلام بقوله مروا صبيانكم بالصلاة اذا بلغوا سبعا (ولهذا قال أبو حنيفة رجه الله لو بلغ رشيدا ثم صار سفيها لا يمنع عنه المال لانه ليس بأثر الصبا) فان قيل الدفع معلق بآيناس الرشد فمال يوجد لا يجوز الدفع اليه وأجيب بان الشرط يوجب الوجود عند الوجود لا العدم عند العدم سلما لكنه منكر براديه أدنى ما ينطلق عليه وقد وجد ذلك اذا وصل الانسان الى هذه الحالة لصيرورة فروعه أصلا فكان متناهيا في الاصلة قال (ثم

(قوله وتساع عبارته في الجمع بين الابدوحي ظاهر) أقول أراد بالابد الزمان المديد بقية قوله حتى (قوله سلما لكنه منكر براديه أدنى ما ينطلق عليه) أقول المطلق ينصرف الى الكامل كما سلف من الشارح في أواخر الصحيفة السابقة وجوابه ظاهر فانه مذكور سند المنع هنا وبكفي الاحتمال فيه

(وانما التفرع على قول من يرى الجبر فعنده الماصح الجبر لا ينفذ بيعه اذا باع لظهور فائدة الجبر عليه) فيكون موقوفا (فان رأى الحاكم فيه مصلحة) بان كان يعمل القيمة أو كان البيع راجحا وكان الثمن باقي في يده (أجازه) وان كان الثمن أقل من القيمة أو كان البيع خاسرا ولم يبق الثمن في يده لم يجز له لان فيه ضررا به لخروج المبيع عن يده بدون أن يكون فيه شيء من البذل واستدل على الجواز والتوقف بقوله (لان ركن التصرف قد وجد) وذلك يوجب الجواز ورد بان ركن التصرف اذا وجد من أهله يوجب ذلك والسفيه ليس بأهل وأجيب بأنه أهل لان الاهلية بالعقل والسفيه لا ينفذ كاتقدم فان قيل فعلام التوقف أجاب بقوله (للتظن له فان الحاكم نصب ناظره فيتحري المصلحة فيه كافي الصبي الذي يعقل البيع والشراء ويقصده ولو باع السفيه قبل جبر القاضي جاز عند أبي يوسف رحمه الله لانه لا بد من جبر القاضي عنده لان الجردا ثريين الضرر) وهو (٣١٨) اهدار آدميته (والنظر) له في ابقاء المبيع على ملكه كما كان (فلا بد من مرجع وهو القضاء

وعند محمد رحمه الله لا يجوز لانه يبلغ محجورا) عليه (عنده اذا العلة عنده هي السفيه بمنزلة الصبي) وهو موجود قبل القضاء فيترتب عليه الحكم (وعلى هذا الخلاف اذا بلغ رشيدا ثم صار سفيها) عند أبي يوسف يصير محجورا حتى يقضى القاضي وعند محمد يصير محجورا بمجرد السفيه (وان أعققت عبدا) يعني بعد الجبر (نفذ عتقه عندهما) وكذلك عند أبي حنيفة رحمه الله فلم يخص قولهما بل ذكر احتراز عن قوله لان عند أبي حنيفة الحكم قبل الجبر وبعد سواء في نفاذ تصرفات المحجور بسبب السفيه لانه لا تأثير للجبر عنده بل احتراز عن قولهما في سائر تصرفات التي يؤثر فيها الجبر كالبيع والشراء والافرار بالمال وعن قول الشافعي فانه يقول لا ينفذ كما ذكره في الكتاب (وذكر أن الاصل عندهما أن

وانما التفرع على قول من يرى الجبر فعنده الماصح الجبر لا ينفذ بيعه اذا باع بوقيرا لفائدة الجبر عليه وان كان فيه مصلحة أجاز الحاكم لان ركن التصرف قد وجد والتوقف للنظر له وقد نصب الحاكم ناظره فيتحري المصلحة فيه كافي الصبي الذي يعقل البيع والشراء ويقصده ولو باع قبل جبر القاضي جاز عند أبي يوسف لانه لا بد من جبر القاضي عنده لان الجردا ثريين الضرر والنظر والجبر للنظر فلا بد من فعل القاضي وعند محمد لا يجوز لانه يبلغ محجورا عنده اذا العلة هي السفيه بمنزلة الصبي وعلى هذا الخلاف اذا باع رشيدا ثم صار سفيها (وان أعققت عبدا نفذ عتقه عندهما) وعند الشافعي لا ينفذ الاصل عندهما أن كل تصرف يؤثر فيه الهزل يؤثر فيه الخ وما لا فلا لان السفيه في معنى الهازل من حيث ان الهازل يخرج كلامه لا على نهج كلام العقلاء لا تباع الهوى ومكابرة العقل لا للنقصان في عقله فكذلك السفيه والعق من الهزل في نفسه الهزل فيصير منه

لا يطابق قول أبي حنيفة في وضع المسئلة من انه اذا بلغ خمساً وعشرين سنة يسلم اليه ماله وان لم يؤنس منه الرشد اللهم الا أن يراد بالرشدهناك الرشد الكامل لكن لا يساعده اللفظ وبأباه دليله تأمل توقف (قوله لان ركن التصرف قد وجد والتوقف للنظر له وقد نصب الحاكم ناظره فيتحري المصلحة فيه) قال في العناية استدلل على الجواز والتوقف بقوله لان ركن التصرف قد وجد وذلك يوجب الجواز ورد بان ركن التصرف اذا وجد من أهله يوجب ذلك والسفيه ليس بأهل وأجيب بأنه أهل لان الاهلية بالعقل والسفيه لا ينفذ فان قيل فعلام التوقف أجاب بقوله (للتظن له فان الحاكم نصب ناظره فيتحري المصلحة فيه كافي الصبي الذي يعقل البيع والشراء ويقصده الى هنا لفظ العناية ورد بعض الفضلاء قوله واستدل على الجواز والتوقف بقوله لان ركن التصرف وجد حيث قال هذا انما يدل على الجواز فقط اه (أقول) يمكن أن يحمل كلام صاحب العناية ههنا على أن المصنف استدلل على الجواز والتوقف بقوله لان ركن التصرف قد وجد الخ أي استدلل على الجواز بقوله لان ركن التصرف قد وجد واستدل على التوقف بقوله والتوقف للنظر الخ فحصل من المجموع الاستدلال على الجواز والتوقف معا وان كان الحاصل من أول قوله هو الاستدلال على الجواز فقط ولما توجه على أول استدلاله سؤال ظاهر الورود تصدى الشارح لذكره مع جوابه فوق الفصل بين دليل الجواز ودليل التوقف في البيان تدبر تفهم (قوله والاصل عندهما أن كل تصرف يؤثر فيه الهزل يؤثر فيه الجبر وما لا فلا في قوله والعق مما لا يؤثر فيه الهزل فيصير منه) قال في العناية وفيه بحث من أوجه الاول ان السفيه لو حنت في عيئه وأعقت رقبة لم ينفذ القاضي وكذا لو نذر بهدى أو غيره

كل تصرف يؤثر فيه الهزل يؤثر فيه الجبر وما لا فلا لان السفيه في معنى الهازل (لأن كل وجه) بل من حيث ان الهازل يخرج كلامه لا على نهج كلام العقلاء لا تباع الهوى ومكابرة العقل لا للنقصان في عقله فكذلك السفيه والعق مما لا يؤثر فيه الهزل فيصير منه) وفيه بحث من أوجه الاول أن السفيه لو حنت في عيئه وأعقت رقبة لم ينفذ القاضي وكذا لو نذر بهدى أو غيره

(قوله أو كان البيع خاسرا) أقول فيه بحث (قوله واستدل على الجواز الخ) أقول هذا انما يدل على الجواز فقط ثم المراد من قوله الجواز الانعقاد (قوله بل احتراز عن قولهما الخ) أقول فيه ما فيه حيث لا يظهر وجه الاحتراز عن قولهما في سائر تصرفات بل هو احتراز عن قول الشافعي ليس الا كما يدل عليه تصريحه بخلاف الشافعي (قوله وأعقت رقبة لم ينفذ القاضي) أقول أي لا يجعل اعتاقه عن كفارة عيئه لانه لا ينفذ اعتاقه أصلا فانه نافذ ويوجب عليه السعاية وعلى السفيه الحائث الصوم كالعسر اذا حنت في عيئه أو ظاهرا عن امرأته

لم ينفذه فهذا مما لا يؤثر فيه الهزل لقوله صلى الله عليه وسلم ثلاث جذهن جدوهر لهن جد وقد أثر فيه الحجر بالسفه والثاني أن الهازل إذا اعتق عبده عتق ولم تجب عليه سعاية والمجور بالسفه إذا اعتقه وجب عليه السعاية فالهزل لم يؤثر في وجوب السعاية والحجر أثر فيه والثالث أن التعديل المذكور إنما يصح في حق السفه لا في حق الهازل والصحيح فيه أن يقال لقصد اللعب به دون ما وضع الكلام له لانقصان في العقل والجواب عن الأول أن القضاء بالحجر عن التصرفات المالية فيما يرجع إلى الاتفاق يستلزم عدم تنفيذ الكفارات والنذور لان في تنفيذهما إضاعة المقصود من الحجر لا مكان أن يتصرف في جميع ماله باليمين والحنت والنذر وعن الثاني ما سيجي في الكتاب وعن الثالث أن قصد اللعب بالكلام وترك ما وضع له من مكابرة (٣١٩) العقل واتباع الهوى فلا فرق بينهما (والاصل عنده أن

الحجر بسبب السفه بمنزلة الحجر بسبب السفه بمنزلة الحجر بسبب الرق) فإنه لا يزيل الخطاب ولا يخرج من أن يكون أهلاً للزمام العقوبة باللسان باكتساب سببها كما أن الرق كذلك (فلا ينفذ بعبده شيء من تصرفاته الاطلاق كالرقيق والاعتناق لا يصح من الرقيق فكذا من السفه) قلنا ليس السفه كالرق لان حجر الرق لحق الغير في المحل الذي يلاقيه تصرفه حتى أن تصرفه فيما لاحق للغير فيه نافذ كالأقرار بالحدود والقصاص وههنا لاحق لاحد في المحل الذي يلاقيه تصرفه فيكون نافذاً (فإذا صح عندهما كان على العبد أن يسعي في قيمته لان الحجر لمعنى النظر وذلك في رد العتق الا أنه متعذر) لعدم قبوله الفسخ (فيجب رده برد القيمة كافي الحجر على المريض) لاجل النظر

والاصل عنده أن الحجر بسبب السفه بمنزلة الحجر بسبب الرق حتى لا ينفذ بعبده شيء من تصرفاته الا الطلاق كالرقوق والاعتناق لا يصح من الرقيق فكذا من السفه (و) إذا صح عندهما (و) كان على العبد أن يسعي في قيمته) لان الحجر لمعنى النظر وذلك في رد العتق الا أنه متعذر فيجب رده برد القيمة كافي الحجر على المريض وعن محمد أنه لا تجب السعاية لانها لو جبت إنما تجب حقاً لاعتقه والسعاية ما عهد وجوبه في الشرع الا لحق غير العتق (ولو دبر عبده جاز) لانه يوجب حق العتق فيعتبر بحقيقته الا أنه لا تجب السعاية مادام المولى حيالاً لانه باق على ملكه

لم ينفذه فهذا مما لا يؤثر فيه الهزل بقوله عليه الصلاة والسلام ثلاث جذهن جدوهر لهن جد وقد أثر فيه الحجر بالسفه والثاني أن الهازل إذا اعتق عبده عتق ولم تجب عليه سعاية والمجور بالسفه إذا اعتقه وجب عليه السعاية فالهزل لم يؤثر في وجوب السعاية والحجر أثر فيه والثالث أن التعديل المذكور إنما يصح في حق السفه لا في حق الهازل والصحيح فيه أن يقال لقصد اللعب به دون ما وضع الكلام له لانقصان في العقل والجواب عن الأول أن القضاء بالحجر عن التصرفات المالية فيما يرجع إلى الاتفاق يستلزم عدم تنفيذ الكفارات والنذور لان في تنفيذهما إضاعة المقصود من الحجر لا مكان أن يتصرف في جميع ماله باليمين والحنت والنذر وعن الثاني ما سيجي في الكتاب وعن الثالث أن قصد اللعب بالكلام وترك ما وضع له من مكابرة العقل واتباع الهوى فلا فرق بينهما اه (أقول) في الجواب عن الأول وعن الثاني على الوجه المذكور بحث أيضاً أما في الجواب عن الأول فلا ن حاصل ذلك الجواب بيان وجه عدم تنفيذ الكفارات والنذور الواقعة من السفه وهذا لا يحدث شيئاً في دفع البحث الأول لان حاصل ذلك البحث كما ترى نقض كلية قولهما ما ان كل تصرف يؤثر فيه الهزل يؤثر فيه الحجر وما لا فلا بعد من تنفيذ القاضي تصرف السفه في الكفارات والنذور مع عدم تأثير الهزل في شيء منهم ما نفذ كفي الجواب بقوى البحث فضلاً عن أن يدفعه وأما في الجواب عن الثاني فلا ن ما سيجي في الكتاب هو قول المصنف لان الحجر لمعنى النظر وذلك في رد العتق الا أنه متعذر فيجب رده برد القيمة كافي الحجر على المريض ولا يذهب عليك أن هذا أيضاً لا يدفع نقض الكلية المتبصرة في أصلهما كما هو حاصل البحث الثاني أيضاً بل بقويه كما عرفت آنفاً ثم ان بعض الفضلاء أورد على قول صاحب العناية في البحث الثالث والصحيح فيه أن يقال لقصد اللعب به دون ما وضع الكلام له حيث قال فيه بحث اذهنا المعنى لا يوجد في السفه ولا بد من الاشتراك اه (أقول) كأنه غلط في الاستخراج فتوهم أن الضمير المحرور في قوله والصحيح فيه راجع إلى التعليل فاعترض أنه لا بد من تمام التعليل ههنا من

لغير مائه أو ورثته فإذا اعتق المريض عبد أو جب عليه السعاية لغرمائه في جميع قيمته أو ولو ورثته في ثلثي قيمته إذا لم يكن عليه دين ولا مال له سواء لمعنى النظر إلى آخر السكتة (وعن محمد رحمه الله أنه لا تجب عليه السعاية لانها لو جبت لو جبت حقاً لاعتقه وذلك غير معهود في الشرع وإنما المعهود أن يجب لغير العتق) كما في اعتناق أحد الشريكين فإنه يسعي للساكت (ولو دبر عبده جاز لان التدبير يوجب حق العتق فيعتبر بحقيقته) لانه لما ملك انشاء حقيقة العتق فلا ن ملك انشاء حقه كان أولى (الا أنه لا تجب السعاية في حياة المولى لانه باق على ملكه) والباقي على ملك المولى لا يستوجب المولى عليه ديناً

(قوله والصحيح فيه أن يقال لقصد اللعب به الخ) أقول فيه بحث اذهنا المعنى لا يوجد في السفه ولا بد من الاشتراك (قوله والباقي على ملك المولى لا يستوجب الخ) أقول ولا ينتقض بالمكاتب لكونه على خلاف القياس على ما مر تفصيله

(فان مات ولم يؤنس منه رشديسعى في قيمته مدبرا لانه عتق وهو مدبر) والعتق بعد التدبير يوجب السعاية في قيمته مدبرا الا يرى ان مصلحا
لودبر عبده في قيمته ثم مات وعليه دين يحيط بقيمته فعلى العبد ان يسعى في قيمته مدبرا لغرمائه قيل ينبغي ان يسعى في قيمته قتلا ان
العتق حصل بالتدبير السابق وهو في تلك الحالة يوجب السعاية قتلا كالأعتق وأجيب بأن الاصل أن المعلق بالشرط ليس بسبب
قبله الا أنه جعل ههنا سببا قبله ضرورة فلا تظهر سببته في ايجاب السعاية عليه قنا وانما تظهر في حق المنع عن البيع وتعلق العتق
بموته لان الثابت بالضرورة يتقدر بقدرها قيل سلمنا ذلك لكن يجب أن يسعى في ثلثي قيمته لان التدبير وصية وفيها يسعى العبد
كذلك وأجيب بأنه وصية من حيث النفاذ بعد الموت لا غير الا يرى أن الرجوع في الوصية صحيح دون التدبير (ولو ولدت جاريته فادعاه
ثبت نسبه منه وكان الولد حرا والجارية أم ولده لا احتياجه الى ذلك لبقاء نسله) وابقاؤه من الحوائج الاصلية لحياة ذكر الانسان ببقاء الولد
بعد موته فالحق السفيه بالمصلح في حق الاستيلاء فان مات بعد هذه الدعوة كانت الجارية حرة لاسبيل عليها الاحد وان مات مديونا (وان لم
يكن معها ولد) أي ان لم يعلم لها ولدها منه (وقال هذه أم ولدي كانت بمنزلة أم الولد) لان الدعوة حينئذ كانت دعوة تحرير (فلا يقدر على بيعها وان
مات سعت في جميع قيمتها لانه لا قرار بالحريه اذ ليس لها شهادة الولد) فصار كأنه قال أنت حرة فمتنع بيعها وتسعى في قيمتها بعد موته
(بخلاف الفصل الاول لان الولد شاهد لها) (٣٣٠) في ابطال حق الغير فكذا في دفع حكم الخرج عن تصرفه (وتظيره المريض اذا ادعى ولد

جاريته على هذا التفصيل) واذا مات ولم يؤنس منه الرشديسعى في قيمته مدبرا لانه عتق بموته وهو مدبر فصار كما اذا أعتقه بعد التدبير
(ولو جاءت جاريته بولد فادعاه يثبت نسبه منه وكان الولد حرا والجارية أم ولده) لانه محتاج الى ذلك لبقاء
نسله فالحق بالمصلح في حقه (وان لم يكن معها ولد وقال هذه أم ولدي كانت بمنزلة أم الولد لا يقدر
على بيعها وان مات سعت في جميع قيمتها) لانه لا قرار بالحريه اذ ليس لها شهادة الولد بخلاف الفصل
الاول لان الولد شاهد لها وتظيره المريض اذا ادعى ولد جاريته فهو على هذا التفصيل قال (وان تزوج
امرأة جازنة كاحها) لانه لا يؤثر فيه الهزل ولان من حوائجها الاصلية (وان سمى لها مهورا جازمته
مقدار مهور مثلها) لانه من ضرورات النكاح (وبطل الفضل) لانه لا ضرورة فيه وهذا التزام بالتسمية
ولا تطلعه فيه فلم تصح الزيادة وصار كالمرض مرض الموت (ولو طلقها قبل الدخول بها وجب لها
النصف في ماله) لان التسمية صحيحة الى مقدار مهور المثل (وكذا اذا تزوج بأربع نسوة أو كل يوم
واحدة) لما بينا قال (وتخرج الزكاة من مال السفينة) لانها واجبة عليه (وينفق على أولاده وزوجته
ومن تجب نفقته من ذوى أرحامه) لان احياء ولده وزوجته من حوائجها والاتفاق على ذى الرحم
واجب عليه لقريته

الاشتراك في العلة وهذا المعنى يعني قصد اللعب دون ما وضع الكلام له لا يوجد في السفينة كما أن المعنى
المذكور في الكتاب لا يوجد في الهازل على زعم صاحب البحث الثالث ولكن لا يخفى على الفطن أن الضمير
المزبور راجع الى حق الهزل في قوله لا في حق الهازل فالعنى والذي يصح في حق الهازل أن يقال لقصد

يعنى أن يكون معها ولد أو لم يكن الخ قال (وان تزوج امرأة جازنة كاحها) كلامه واضح وقوله (وصار كالمرض مرض الموت) يعني في لزوم كل واحد من مقدار مهور المثل وسقوط الزيادة الا أن الزيادة في المرض تعتبر من الثلث وههنا غير معتبرة أصلا وقوله (وكذا اذا تزوج بأربع نسوة) يعني يعتبر مهور المثل لا الزيادة سواء تزوج بمهر في عقد واحد أو في كل يوم واحدة ثم طلقها وفعل ذلك مرارا فإنه يصح تسميته في مقدار مهور المثل وبطل الزيادة

(لما بينا) يعني قوله لانه من ضرورات النكاح وهذه المسئلة اعتضد أبو حنيفة رحمه الله على أنه لا فائدة في الخرج عليه لانه لا يسد باب اتلاف المال عليه بهذا الطريق بل هذا أضربه من اتلافه بطريق الهبة اذ هو يكتسب المحمدة في البر والاحسان والمذمة في الزوج والطلاق قال صلى الله عليه وسلم لعن الله كل ذواق مطلق قال (وتخرج الزكاة من مال السفينة) والاصل في هذه المسائل أن ما وجب عليه من أمر أو وجهه الله تعالى كزكاة وصحة الاسلام أو كان من حقوق الناس كنفقة من تجب نفقته عليه فهذا المصلح فيه سواء لانه مخاطب بالسفينة لا يستحق التطير في اسقاط شيء من حقوق الشرع عنه
(قوله الا أنه جعل ههنا سببا قبله ضرورة) أقول أي ضرورة أن لا يقع السبب بعد زوال الاهلية فانهم انزلوا بالموت (قوله لانه من ضرورات النكاح) أقول والظاهر أنه يشير به الى الدلائل السابقة لجواز النكاح وصحة تسميته بمقدار مثل مهور المثل وبطلان الفضل (قوله وبهذه المسئلة اعتضد أبو حنيفة) أقول قال الاتقاني لكنهم ما يبولان السفينة ليس بمقتضى هذا الطريق لان السفينة المعتاد ما يحصل له نوع غرض صحيحا كان أو فاسدا وليس في الطلاق قبل الدخول على وجهه لا يصل الى الهلة أو راحة غرض وبعد الدخول ان تحقق غرض لكنه محصور لا يتصور فيه المجاوزة حده والسفينة مجاوزة عن الحد في كل باب أو يقال بأنه لا يمكن رده بقدر السفينة لان طريق رده أن يلحقه بالهازل والهازل والجاذ في هذا سواء انتهى وفيه تأمل (قوله قال عليه الصلاة والسلام لعن الله كل ذواق مطلق) أقول لعسيلة النساء

اللاعب

ولا يبطل شيئاً من حقوق الناس لكن لا يسمع قوله في القرابة حتى يقسم البيئة عليها وعسرة القريب لان اقراره بذلك بمنزلة الاقرار بالدين على نفسه فلا يلزم اقراره شيئاً الا في الود فان الزوجين اذا تصادقا على النسب قبل قولهما لان كل واحد منهما في تصديق الآخر يقر على نفسه بالنسب والسفلة لا يؤثر في منع الاقرار بالنسب لكونه من حوائجها لكن لا بد من اثبات عسرة المقر له والاقرار بالزوجة صحيح ويجب مهر مثلها والنفقة (قوله وهذا) أي ما ذكرناه مما أوجبه الله تعالى وما كان من حقوق الناس (بخلاف ما إذا حلف أو نذر أو ظاهر) يعني ما أوجبه على نفسه (حيث لا يلزمه المال بل يكفر بعينه وظهاره بصوم) لكل حنث ثلاثة أيام متتابعات وعن كل ظهار شهرين متتابعين وان كان مالاً كالمال حال التكفير (لأنه) أي كل واحد (مما يجب بفعله) اذا سبب التزامه فيتمكن فيه معنى التبذير فيفتح هذا الباب وتضييع فائدة الحجر فان قبل التكفير بالصوم مرتب على عدم استطاعة الرقة فأنى يصح مع القدرة عليها أوجب بأن الاستطاعة متفقة لان دلائل الحجر توجب السعاية على من يعتقه السفينة كما تقدم ومع السعاية لا يقع العتق عن الظهار (قوله وان أراد حجة الاسلام) واضح وقوله (ولو أراد عمرة واحدة لم يمنع منها استحصاناً) لذلك والقياس أن لا يعطى لها نفقة السفر لان العمرة عند انطوع كالأفراد الخروج الحج تطوعاً فان جنى جنابة (٣٢١) فان كانت مما يجزئ فيه

الصوم فعليه الصوم ليس الاوان لم يكن وزمته الدم يؤدي اذا أصح (فان مرض وأوصى) وقيد بالمرض باعتبار أن الوصية غالباً تكون في المرض فان السفينة الصحيح اذا أوصى بوصية فحكمها كحكم المريض والقياس يقيها كالتبرع في حياته واستحسنوا فيها اذا وافق الحق وما يتقرب به الى الله تعالى أن يكون من الثلث لان نظره فيه لان وجوبها بعد وقوع الاستغناء من المال في امر دنياه وحينئذ لانظره في المانع وانما النظر له في كتاب الشفاء الحسن بعد موته وفي تنفيذها ذلك

والسفة لا يبطل حقوق الناس الا أن القاضي يدفع قدر الزكاة اليه ليصرفها الى مصرفها لانه لا بد من نيته لكونها عبادة لكن يبعث أميناً معه كي لا يصرفه في غيره وفي النفقة يدفع الى أمينه ليصرفه لانه ليس بعبادة فلا يحتاج الى نيته وهذا بخلاف ما إذا حلف أو نذر أو ظاهر حيث لا يلزمه المال بل يكفر بعينه وظهاره بالصوم لانه مما يجب بفعله فلو فتحنا هذا الباب يذروا أموالهم هذا الطريق ولا كذلك مما يجب ابتداءً بفعله قال (فان أراد حجة الاسلام لم يمنع منها) لانها واجبة عليه بايجاب الله تعالى من غير صنعه (ولا يسلم القاضي النفقة اليه ويسلمها الى ثقة من الحاج بنفقة عليه في طريق الحج) كي لا يتلفها في غير هذا الوجه (ولو أراد عمرة واحدة لم يمنع منها) استحصاناً لاختلاف العلماء في وجوبها بخلاف ما زاد على مرة واحدة من الحج (ولا يمنع من القرآن) لانه لا يمنع من افراد السفر لكل واحد منهم فلا يمنع من الجمع بينهما (ولا يمنع من أن يسوق بدنة) فخر زاعن موضع الخلاف اذ عند عبد الله بن عمر رضي الله عنه لا يجزئ غيرها وهي جزر أو بقرة قال (فان مرض وأوصى بوصايا في القرب وأوباب الخير جاز ذلك في ثلثه) لان نظره فيه اذ هي حالة انقطاعه عن أمواله والوصية تخلف ثناء أو ثواباً وقد ذكرنا من التفرعات أكثر من هذا في كفاية المنتهى قال (ولا يجبر على الفاسق اذا كان مصلاً له) عندنا والفسق الأصلي والطارئ سواء وقال الشافعي يجبر عليه زجره وعقوبة عليه كافي السفينة ولهذا لم يجعل أهل اللولاية والشهادة عنده ولنا قوله تعالى فان آنتم منهم رشدافادفعوا اليهم أموالهم الآية

العبء دون ما وضع الكلام له لا ما ذكر في الكتاب فانه انما يصح في حق السفينة فقط فعينه لا يكون لبحث ذلك القائل وجهه كما لا يخفى (قوله ولنا قوله تعالى فان آنتم منهم رشدافادفعوا اليهم أموالهم الآية)

(٤٩ - تكملة سابع) (وقد ذكرنا من التفرعات أكثر من هذا في كفاية المنتهى) فن ذلك ما قال ان الذي بلغ سفينة والصبي الذي لم يبلغ وهو يعقل ما يصنعه عندنا سواء الا في أربعة مواضع أحدها أنه يجوز للاب ولوصي الاب أن يتصرف على الصغير يشترى له مالا ويبيع ولا يجوز تصرف الاب ولا وصي الاب على البالغ السفينة الا بأمر الحاكم والثاني أنه يجوز تزكاه ولا يجوز نكاح الصبي العاقل والثالث أنه يجوز طلاقه وعتاقه ولا يجوز طلاق الصبي العاقل ولا عتاقه (والرابع أن الذي لم يبلغ اذا بر عبده لا يصح تبديره وهذا السفينة اذا بر عبده صح تبديره) قوله ولا يجبر على الفاسق اذا كان مصلاً له عندنا والفسق الأصلي والطارئ سواء وقال الشافعي رحمه الله يجبر عليه (ومبنى هذا الاختلاف على أن الحجر عنده للزجر والعقوبة والفاسق مستحق لذلك فيجبر عليه وان كان مصلاً له وعندنا لا ننظر له في ماله فاذا أصح ماله لم يبق عليه حجر) وذلك لان الله تعالى قال فان آنتم منهم رشدافادفعوا اليهم أموالهم الآية

(قوله فلا يلزم اقراره شيئاً الا في الود الخ) أقول في غاية البيان ثم لا يصدق السفينة في اقراره بالنسب اذا كان رجلاً الا في أربعة أشياء في الولد والوالد والزوجة ومولى العتاقة وان كانت المفسدة امرأَةً فقام تصديق في ثلاثة أشياء بالوالد والزوجة ومولى العتاقة انتهى فتبين لما بينهم من المخالفة (قوله الا في أربعة مواضع) أقول يعني سوى الوصية حيث علم حالها

عندنا لاسلامه فيكون وليا للتصرف وقد قررناه فيما تقدم وبمجرد القاضي عندهما أيضا وهو قول الشافعي على من ليس بسفيه ولكنه متغفل) يعني في التجارات (ولا يصح عنها لسلامة قلبه لما في الحرج من النظر له) واعترض بأنه خلاف ما ثبت عن النبي صلى الله عليه وسلم فإنه ما جرح على حبان بن منقذ وكان يغبن في التجارات بل قاله صلى الله عليه وسلم قل لا خلاية ولي الخيار ثلاثة أيام وأجيب بأن الحرج على المغفل ثبت بدلالة قوله تعالى ولا تؤثروا السفهاء أموالكم لما أنه يتلف الاموال كالسفيه فلا يعارضه خبر الواحد ورد بأن ذلك لمنع المال وليس النزاع فيه وانما النزاع في الحرج والله سبحانه وتعالى أعلم

(قوله نكر الرشد وهو باطلاقة يتناول القليل منه والكثير) أقول وللخصم أن يمنع مستنداً بانصراف المطلق الى الكامل (قوله ومن أصح في ماله الخ) أقول وكذا من أصح دينه دون ماله كالمغفل فإنا ذكراه ينتقض به فتأمل (قوله ورد بأن ذلك لمنع المال) أقول ويجوز أن

وقد أونس منه نوع رشد فتناوله النكرة المطلقة ولأن الفاسق من أهل الولاية عندنا لاسلامه فيكون وليا للتصرف وقد قررناه فيما تقدم وبمجرد القاضي عندهما أيضا وهو قول الشافعي بسبب الغفلة وهو أن يغبن في التجارات ولا يصبر عنها لسلامة قلبه لما في الحرج من النظر له

وقد أونس منه نوع رشد فتناوله النكرة المطلقة (قال في النهاية وفي المبسوط فقوله تعالى رشدنا منكر في موضع الاثبات والنكرة في موضع الاثبات تخص ولا تتم فإذا أوجد رشدنا فقد وجد الشرط فيجب دفع المال اليه انتهى (أقول) تقرير دليل أئمتنا في هذه المسئلة على الوجه المذكور في الكتاب وفي المبسوط ينتقض بقول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله في السفيه المصلح في دينه دون ماله فإنه يجبر عليه عندهما كما مر مع أنه قد أونس منه نوع رشد وهو الرشد في دينه فتناوله النكرة المطلقة فيجب أن يدفع اليه أيضا ماله والاظهر في تقرير استدلال اعتنا بالآية الكريمة المذكورة ما ذكره صاحب الكفاية بعد ذلك كما في الكتاب وشرحه على وفق ما في المبسوط حيث قال ولان الرشد في المال مراد بالاجماع فلا يكون الرشد في الدين مراداً كي لا تتم النكرة المطلقة أولان الدفع معلق بانساس رشد واحد لانه نكرة في موضع الاثبات فلا يكون الرشد في الدين مراداً لانه حينئذ يكون مع لقا برشد ين انتهى فتدبر (قوله ولان الفاسق من أهل الولاية عندنا لاسلامه فيكون وليا للتصرف) أقول يرد الانتقض بالسفيه المصلح في دينه دون ماله على قوله ما لا محالة لان الاسلام فيه أيضا متحقق بل فيه أقوى فلزم أن يكون من أهل الولاية فينبغي أن يكون وليا للتصرف أيضا غير محجور عليه كإذهب اليه أبو حنيفة رحمه الله (قوله وبمجرد القاضي عندهما أيضا وهو قول الشافعي بسبب الغفلة وهو أن يغبن في التجارات الخ) واعترض بأنه خلاف ما ثبت عن النبي صلى الله عليه وسلم فإنه ما جرح على حبان بن منقذ وكان يغبن في التجارات بل قاله صلى الله عليه وسلم قل لا خلاية ولي الخيار ثلاثة أيام وأجيب بأن الحرج على المغفل ثبت بدلالة قوله تعالى ولا تؤثروا السفهاء أموالكم لما أنه يتلف الاموال كالسفيه فلا يعارضه خبر الواحد ورد بأن ذلك لمنع المال وليس النزاع فيه وانما النزاع في الحرج والله سبحانه وتعالى أعلم

في دليل أبي حنيفة على عدم الحرج على السفيه فأنى يفهم من منع المال الحرج بطريق الدلالة وأن منع المال مفيد لان غالب السفيه في الهبات والصدقات وذلك يقف على اليد كما مر هذا أيضا في دليله جوابا عن قوله المنع لا يقيده بدون الحرج فيسقط قول ذلك القائل ههنا وان لم يفد المنع كما سبق من دليلهما وقال الشارح العيني بعد نقل ما ذكره تاج الشريعة وصاحب العناية قلت فيه نظرا لان في حديث حبان بن منقذ نوع حرج لانه عليه الصلاة والسلام أطلق له البيوع كلها بالخيار فصار كالمحجور في البيوع المطلقة فافهم اه (أقول) ليس ما قاله شيء اذ لا شك انه لا حرج في الحديث المزبور على حبان في شيء بل فيه ارشاده الى ما يليق بحاله من شرط الخيار في البيوع وقول الشارح المذكور فصار كالمحجور في البيوع المطلقة يشعر باعترافه أيضا بأنه لم يصبر محجورا عليه حقيقة في شيء فلا يجدي ما قاله شيئا ههنا ولو سلم دلالة الحديث على كونه محجورا عليه في البيوع المطلقة أى في البيوع التي لم يشترط فيها الخيار فلا نفع لها في دفع مادة الاعتراض ههنا فان مذهب الامامين والشافعي أن محجر القاضي على المغفل في بيوعه مطلقا أى سواء شرط فيها الخيار أم لا فيرد عليه ان الحرج على المغفل في بيوعه التي شرط فيها الخيار خلاف ما ثبت عن النبي صلى الله عليه وسلم في حديث حبان بن منقذ

فصل في حد البلوغ البلوغ في اللغة الوصول وفي الاصطلاح انتهاء الصغر ولما كان الصغر أحد أسباب الجرح وجب بيان انتهائه وهذا الفصل لبيان ذلك قال (بلوغ الغلام بالاحتلام الخ) الحلم بالضم (٣٣٣) ما يراه النائم يقال حلم واحتلم بلوغ

الغلام بالاحتلام والاحبال والازنال اذا وطئ والاصل هو الازنال قال الله تعالى واذا بلغ الاطفال منكم الحلم فان لم يوجد شيء من ذلك فحتى يتم له ثمانى عشرة سنة وبلوغ الجارية بالحيض والاحتلام والحبل فان لم يوجد ذلك فحتى يتم له ثمانى عشرة سنة وبلوغ الجارية بالحيض والاحتلام والحبل فان لم يوجد ذلك فحتى يتم لها سبع عشرة سنة عند أبي حنيفة رضى الله عنه وقال اذا تم للغلام والجارية خمس عشرة سنة فقد بلغا وهو رواية عنه وهو قول الشافعي رحمه الله وكلامه

ظاهر لا يحتاج الى شرح وانما قال وهذا أقل ما قيل فيه لان بعضهم قال اثنتان وعشرون سنة وبعضهم خمس وعشرون سنة وهو قول عمر رضى الله عنه (قوله واذا رآه حق الغلام أو الجارية) يقال رآه أى دنى منه وصبي مرأى أى دان للحلم (وأشكلى أمره في البلوغ ولم يعلم ذلك الا منه فقال قد بلغت قال قولهما) ثم قيل انما يعتبر قوله بالبلوغ اذا بلغ انتهى عشرة سنة أو أكثر ولا يقبل فيما دون ذلك لان الظاهر يكذب وقد أشار الى ذلك بقوله (وأدنى المدة لذلك في حق الغلام اثنا عشرة سنة وفي حق

فصل في حد البلوغ قال (بلوغ الغلام بالاحتلام والاحبال والازنال اذا وطئ فان لم يوجد ذلك فحتى يتم له ثمانى عشرة سنة وبلوغ الجارية بالحيض والاحتلام والحبل فان لم يوجد ذلك فحتى يتم لها سبع عشرة سنة وهذا عند أبي حنيفة وقال اذا تم للغلام والجارية خمس عشرة سنة فقد بلغا وهو رواية عن أبي حنيفة وهو قول الشافعي وعنه في الغلام تسع عشرة سنة وقيل المراد أن يطعن في التاسع عشرة سنة ويتم له ثمانى عشرة سنة فلا اختلاف وقيل فيه اختلاف الرواية لانه ذكر في بعض النسخ حتى يستكمل تسع عشرة سنة أما العلامة فلان البلوغ بالازنال حقيقة والحبل والاحبال لا يكون الا مع الازنال وكذا الحيض في أوان الحبل فجعل كل ذلك علامة البلوغ وأدنى المدة لذلك في حق الغلام اثنتا عشرة سنة وفي حق الجارية تسع سنين وأما السن فلمهم العادة الغاشية أن البلوغ لا يتأخر فيه ما عن هذه المدة وله قوله تعالى حتى يبلغ أشده وأشد الصبي ثمانى عشرة سنة هكذا قاله ابن عباس وابعه القتيبي وهذا أقل ما قيل فيه فينبى الحكم عليه المتيقن به غير أن الماث نشوهن وادراكهن أسرع فنقصنا في حقهن سنة لاشتغالها على الفصول الاربعة التي يوافق واحد منها المراجع للاحالة قال (واذا رآه حق الغلام أو الجارية الحلم وأشكلى أمره في البلوغ فقال قد بلغت قال قولوه وأحكامه أحكام البالغين) لانه معنى لا يعرف الا من جهتهم ما ظاهرا فاذا أخبر به ولم يكذبهم ما الظاهر قبل قولهم ما فيه كما يقبل قول المرأة في الحيض

فصل في حد البلوغ البلوغ في اللغة الوصول وفي الاصطلاح انتهاء الصغر ولما كان الصغر أحد أسباب الجرح لم يكن بدمين بيان انتهائه وهذا الفصل لبيان ذلك (قوله وهذا أقل ما قيل فيه فينبى الحكم عليه للتيقن به) أقول بردى على قوله للتيقن به اعتراض قوى وهو أنه لا شك أن المتيقن به في بلوغ الصبي رشد وانما هو أكثر ما قيل في أشده من المدد دون أقل ما قيل فيه منها لانه اذا بلغ الاكثر منها فقد بلغ الاقل منها دون العكس نعم وجود الاقل في نفسه لا يستلزم وجود الاكثر بخلاف العكس لكن ليس الكلام ههنا في وجود مدة في نفسها بل في كون تلك المدة أشد الصبي والمتيقن به فيه انما هو أكثر ما قيل في أشده بل اريب ثم انى لم أر أحدا من الشراح حاش حول هذا الاشكال سوى تاج الشريعة وصاحب الكفاية فانهما قالان قل ينبى أن يقال بالاكثر لانه المتيقن اذا لدنى يكون في الاكثر دون العكس فلنا أول الآية ولا تقر بامال التيقن الى قوله حتى يبلغ أشده والله تعالى مدد الحكم الى غاية الاشد وأقل ما قيل في تفسيره ثمانى عشرة وهو المتيقن اذ لو مد الى أقصاه لا بد أن يعد الى ثمانى عشرة ولو مد اليها لا يكون ممتدا الى أقصاه فكانت ثمانى عشرة متيقنا في كون الحكم ممتدا اليها فينبى الحكم عليه انتهى (أقول) في الجواب نظر لان الاشد في الآية الكريمة المذكورة منتهى الحكم السابق وغايته كما يدل عليه قطعاً قوله تعالى حتى يبلغ أشده فجرد دخول مد الحكم السابق الى ثمانى عشرة في مده الى أقصى ما قيل في تفسير الاشد لا يلزم كون ثمانى عشرة منتهى الحكم السابق وغايته حتى يلزم كونها أشده فيما اذا مد الحكم الى أقصاه أيضا وانما يلزم وجودها في نفسها في ضمن وجود مدة أكثر منها فلم يكن متيقنا من حيث كونها الاشد بل من حيث وجودها في نفسها والمطلوب ههنا هو الاول دون الثاني فلا يتم التقريب والحق في أصل التعليل أن يقال وهذا أقل ما قيل فيه فينبى الحكم عليه للاحتياط كما وقع في الكافي والتبيين الا أنه قال في الكافي بعد قوله للاحتياط ولانه متيقن به وأما في التبيين فقد اكتفى بقوله للاحتياط وهو الاصول

فصل في حد البلوغ قال المصنف (فينبى الحكم عليه للتيقن به) أقول فيه بحث

باب الحجر بسبب الدين

الدين ايضا من اسباب الحجر عندهما لكن بشرط طلب الغرماء ذلك فكان بمنزلة المركب فلا جرم أثر تأخيرهم وينبغي للقاضي أن يشهد أنه حجر عليه في ماله احتياطا لتفي (٣٢٤) التجاحدان وقع وان يبين أن الحجر كان بسبب الدين لانه مختص بالمال

باب الحجر بسبب الدين

(قال أبو حنيفة لا حجر في الدين واذا وجبت ديون على رجل وطلب غرماءه حنسه والحجر عليه لم الحجر عليه) لان في الحجر اهدار أهليته فلا يجوز لدفع ضرر خاص (فان كان له مال لم يتصرف فيه الحاكم) لانه نوع حجر ولانه تجارة لا عن تراض فيكون باطلا بالنص

باب الحجر بسبب الدين

تلقب هذا الباب بالحجر بسبب الدين ومقابلته بالحجر للفساد ما على قولهما فقط كما قالوا في فصل تكبيرات التشريق من كتاب الصلاة وفي باب مقاسمة الجذمن علم الفرائض لان أبو حنيفة لا يرى شيئا منها واما على قولهم جميعا بناء على تعلق نظر كلهم بذلك اثباتا منهما ونفيًا عنه ثم ان الحجر بسبب الدين لما كان مشروطا بطلب الغرماء كان فيه وصف زائد فصار بالنظر الى ما قبله بمنزلة المركب من المفرد فلا جرم أثر تأخيرهم عنه (قوله قال أبو حنيفة رحمه الله لا حجر في الدين واذا وجبت ديون على رجل وطلب غرماءه حنسه والحجر عليه لم الحجر عليه لان في الحجر عليه اهدار أهليته فلا يجوز لدفع ضرر خاص) قال صاحب العناية في هذا المقام وأبو حنيفة لا يجوز له لان فيه اهدار أهليته وذلك ضرر فوق ضرر المال فلا يترك الأعلى للأدنى انتهى (أقول) لا يذهب عليك أن قوله فلا يترك الأعلى للأدنى لا يناسب ما قبله من المتقدمين بل ينافيه في الظاهر فكان حق العبارة أن يقال فلا يحتمل الأعلى لدفع الأدنى كما قاله المصنف في أوائل باب الحجر للفساد وأشار إليه ههنا بقوله فلا يجوز لدفع ضرر خاص وعن هذا قال بعض الفضلاء ولعل العبارة فلا يرتكب وقوله فلا يترك سهو من الناسخ انتهى * ثم أقول يمكن توجيه ما عليه النسخ إلا أن بوجوه الاول أن يحتمل المراد بالأعلى في قوله فلا يترك الأعلى للأدنى على أهلية المديون لا على اهدار أهليته وبالأدنى على المال نفسه لا على ضرره يرشد إليه أنه قال لا أدنى ولم يقل لدفع الأدنى كما قاله المصنف ولا شك أن كون اهدار أهليته ضرر فوق ضرر المال انما هو بسبب كون أهليته أعلى أي أشرف وكون المال أدنى أي أخس فان ضرر رفوت الأشرف فوق ضرر رفوت الأخس لا محالة فان قلت المطابق اقوله في السؤال الآتي وانما يكون الاول أعلى أن لو كانا في شخص واحد أن يكون المراد بالأعلى اهدار الاهلية وبالأدنى ضرر ايقابله قلت تطابق ما في الموضوعين في حيز المراد غير لازم فان علو نفس الاهلية شرفا وعلو اهدارها ضررا متلازمان وكذا ذناه نفس المال ودناه ضرره فجاز أن يراد بالأعلى والأدنى في موضع نفس الاهلية ونفس المال وفي موضع آخر ضررها ويحصل بهذا القدر ما هو المقصود في كل من الموضوعين كما لا يخفى على المتأمل والثاني أن يحتمل الترك المنفي في قوله فلا يترك على معنى الإبقاء فيكون معنى قوله فلا يترك الأعلى للأدنى فلا يبق الضرر الأعلى لاجل الضرر الأدنى أي لاجل دفعه ومحبي الترك بمعنى الإبقاء واقع في التنزيل كقوله جعل اسمه وتركنا عليه في الآخرة أي أبقينا نص عليه في القاموس وشأنه في كلام المصنفين حيث يقولون ترك على حاله ووقع في كلام المصنف أيضا في هذا الباب حيث قال ويترك عليه دست من

الموجوده في الحال دون ما يحسد له بالكسب أو غير محقق يعلم أنه لو تصرف في الحادث نفذ وأن يبين من الحجر لاجله باسمه لانه يرتفع ببراء الغريم ووصول حقه اليه فيحتاج الى معرفته (وأبو حنيفة رحمه الله لا يجوز له لان فيه اهدار أهليته) وذلك ضرر فوق ضرر المال فلا يترك الأعلى للأدنى فان قيل اهدار الأهلية ضرر يلحق المديون وترك الحجر ضرر يلحق الدائن وانما يكون الاول أعلى أن لو كانا في شخص واحد فالجواب أن ضرر الدائن ينسب دفع الجبس للمحالة والجبس ضرر يلحق المديون مجازاة شرعا ولولم يكن أعلى ما تدفع به ضرر الدائن واهدار الاهلية أعلى من الجبس فيكون أعلى من ضرر الدائن واذا كان كذلك (فان كان له مال لم يتصرف فيه الحاكم لانه نوع حجر ولانه تجارة لا عن تراض فيكون باطلا بالنص

باب الحجر بسبب الدين

(قوله فلا يترك الأعلى للأدنى) أقول فيه بحث ولعل العبارة فلا يرتكب وقوله فلا يترك (قوله وانما يكون الاول أعلى إلى الخ) أقول في الحصر بحث (قوله ولولم يكن أعلى) أقول من ضرر الدائن (قوله واهدار الاهلية أعلى إلى الخ) أقول فيه بحث قال المصنف (ولانه تجارة لا عن تراض إلى الخ) أقول قال الله تعالى ولانا كلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض

ثياب بدنه وبيع الباقي فان قلت معنى الابقاء لا يناسب هذا المثل لان المتبادر من نفي ابقاء اهدار
 الاهلية تحقيق اهدارها أولا اذ البقاء فرع التحقيق ومذهب أبي حنيفة أن لا يجوز اهدار اهلية الانسان
 رأسا لان فيه الحاقه بالهائم قلت لا نسلم تبادر ذلك في صورة النفي وكون البقاء فرع التحقيق انما هو في
 الثبوت واثن سلم ذلك فممكن أن يلتزم المثل على خلاف المتبادر من ظاهر القبط بقصرينة المقام
 والسالت أن تحمل كلمة لا في قوله فلا يترك على الزائدة كما في قوله تعالى للثلاثة علم أهل الكتاب وفي قوله
 تعالى لا أقسم بهذا البلد وغيرهما من الامثلة فان قلت قد عرفت مواقع زيادة لا في أكثر كتب
 النحو أحدها مع الواو بعد النفي وثانيها بعد أن المصدرية وثالثها قبل القسم على قلة ورابعها مع
 المضاف على الشدة وذو وما نحن فيه ليس منها في شيء قلت ذكر ابن هشام في معنى اليب وقوع
 لا الزائدة في مواضع من التنزيل وعذمتها قوله تعالى وما يشعركم أنها اذا جاءت لا يؤمنون فيمن فتح
 الهمزة وقال فقال قوم منهم الخليل والفارسي لازائدة واللسان عذرا للكفار وعذمتها أيضا قوله
 تعالى وحرام على قرية أهلكتها أنهم لا يرجعون وقال فقبل لازائدة والمعنى تمتنع على أهل قرية قدرنا
 اهلا كهم لكفرهم أنهم يرجعون عن الكفر الى قيام الساعة اه ولا يخفى أن هذين الموضعين ليسا
 من المواقع الاربعه المعينة وموافق لما نحن فيه فكيف بهما جهة لهذا الوجه من التوجيه فان قلت
 لا ينظم حينئذ آخر الكلام وهو قوله لا دني اذ لا معنى لأن يقال يترك الضرر الا على للضرر الا دني فان
 ترك الضرر الا على ليس للضرر الا دني بل لكونه أشد وأقبح منه ثم ان هذا اذا لم يكن معنى قوله لا دني
 لدفع الا دني وأما اذا كان معناه ذلك كما هو الظاهر ففساد المعنى أظهر اذ يصير المعنى ان ذلك فيترك الضرر
 الا على لدفع الضرر الا دني فيلزم أن لا يتحمل شيء من الضررين وليس كذلك قطعاً قلت يمكن نظم
 ذلك بأن يحمل اللام في قوله لا دني على معنى عند فيكون معنى الكلام فيترك الضرر الا على عند تبسر
 الضرر الا دني لوجوب اختيار أهون الشرين وهذا معنى مستقيم كما ترى ويجوز اللام بمعنى عند قد
 ذكره ابن هشام في معنى اليب ومثله بقوله لم يكتبه لمس خلون وقال وجعل منه ابن جني قراءة
 قوله تعالى بل كذبوا بالحق لما جاءهم بكسر اللام وتخفيف الميم اه والانصاف ان هذا الوجه
 أبعد الوجوه التي ذكرنا لتوجيه كلام صاحب العناية ههنا لكن مقصودنا بيان جملة ما لوحظ
 من الاحتمالات في توجيه كلامه بحسب الامكان على القواعد العقلية والنقلية ثم قال صاحب
 العناية فان قيل اهدار الاهلية ضرر يلحق المدين وتترك الخمر ضرر يلحق الدائن وانما يكون الاول
 أعلى لو كان في شخص واحد فالجواب أن ضرر الدائن يندفع بالحبس لا بحالة والحبس ضرر يلحق
 المدينون مجازاة شرعا ولو لم يكن أعلى ما اندفع به ضرر الدائن واهدار الاهلية أعلى من الحبس فيكون أعلى
 من ضرر الدائن اه كلامه (أقول) حاصل السؤال منع كون اهدار اهلية المدينون أعلى ضررا من
 ضرر الدائن مستندا بكونهم ما في شخصين دون شخص واحد وحاصل الجواب اثبات المقدمة الممنوعة
 بطريق قياس المساواة بحيث يظهر منه بطلان السند أيضا تقرر به أن اهدار الاهلية أعلى ضررا من
 الحبس والحبس أعلى ضررا من ضرر الدائن ينتج ان اهدار الاهلية أعلى ضررا من ضرر الدائن بلا حجة
 مقدمة مقررة وهي أن الأعلى من الأعلى من الشيء أعلى من ذلك الشيء ولا شك ان هذا القياس يقتضي
 كون اهدار الاهلية أعلى ضررا من ضرر الدائن وان كان في شخصين فقط المنع وبطل السند ولكن
 لما كان في المقدمة الثانية من القياس المزبور وهي قولنا والحبس أعلى ضررا من ضرر الدائن فوقع
 خفاء بينها الشارح المذكور وأولما حاصله أن ضرر الدائن يندفع بالحبس ولو لم يكن الحبس أعلى ضررا
 من ضرر الدائن لما اندفع هذا بذلك ثم ذكر المقدمة الاولى والنتيجة لظهورهما بلا بيان * ثم أقول
 في الجواب بحث أما أولا فلا نفي قوله ان ضرر الدائن يندفع بالحبس لاحالة في حيز المنع لجواز أن يختار

المدينون الحبس أبدا ولا يوفي حق الدائن فلا يندفع حينئذ ضرر الدائن وأما ثانيا فلا أن الحبس لو كان
أعلى ضررا من ضرر الدائن لما جاز الحبس عند أبي حنيفة رحمه الله بناء على مقتضى قوله لا يتحمل الضرر
الآخر لدفع الضرر الأول دني كما هو الأساس في اثبات مذهبه في هذه المسئلة مع أن الحبس جائز بالاجتماع
ومتعين عند أبي حنيفة ويمكن أن يجاب عن الأول بأن اختيار المدينون الحبس الأبدى مع قدرته على
أداء الدين بعيد جدا غير واقع في العادة إلا بغاية الندرة ومعنى الأحكام الشرعية على الغالب الأكثر
وعن الثاني بأن الحبس ليس مجرد دفع ضرر المال عن الدائن بل هو مع ذلك جزاء ظلم المدينون الدائن
بالمعاملة وقد صرح المصنف في فصل الحبس من كتاب القضاء بكون الحبس من جزاء المعاملة حيث
قال وإذا ثبت الحق عند القاضي وطلب صاحب الحق حبس غيره لم يعمل بحبسه وأمره بدفع ما عليه
لأن الحبس جزاء المعاملة فلا بد من ظهورها وأشار إليه الشارح المذكور في أثناء الجواب المزبور بقوله
والحبس ضرر يلحق المدينون مجازاة شرعا ولعل قصده الإشارة إليه كان باعنا على ذكره هذه المقدمة أثناء
الجواب والأفلا مدخل له أصلا في اثبات المقدمة الممنوعة في السؤال كما ظهر من تقريرنا السابق فإذا
كان كذلك فاختيار الحبس للجازاة الشرعية مع اندفاع ضرر المال عن الدائن به أيضا لا مجرد دفع هذا
الضرر الذي هو أدنى من ضرر الحبس حتى ينتقض به قول أبي حنيفة لا يتحمل الآخر لدفع الأدنى فإن
قلت هب أن الحبس ليس مجرد دفع ضرر المال عن الدائن بل له وجزاء ظلم المعاملة معال لكن يندفع به ظلم
المعاملة أيضا كما يفصح عنه قول المصنف فيما بعد ولكن بحبسه أبدأ حتى يبيعه في دينه أيفاء لحق الغرماء
ودفع الظلم اه فقياس المقدمة المذكورة في الجواب القائل ولو لم يكن أعلى ما ندفع به ضرر الدائن يقال
ولو لم يكن الحبس أعلى من ظلم المعاملة لما اندفع به ذلك الظلم فيسلم أن يكون الحبس أعلى من ظلم المعاملة
أيضا فيعود انتفاض قوله لا يتحمل الآخر لدفع الأدنى بالحبس قلت المندفع بالحبس ظلمه الآخر وهو
المراد بقول المصنف فيما بعد دفعنا لظلمه لظلمه الماضي إذا لم يجد لدفع ما تحقق فيما مضى من المعاملة
لأنه عرض لا يبيى والذي جعل الحبس جزاءه انما هو ظلمه الماضي واختيار الحبس لجازاة ظلمه الماضي
مع دفع ظلمه الآخر ودفع ضرر المال عن الدائن أيضا فلا يتشبه النقض بالنظر إلى مجازاة ظلمه الماضي
كما لا يخفى ولئن سلم كون الحبس أعلى من ظلمه مطلقا ومن ضرر الدائن فنقول إن قوله لا يتحمل الآخر
لدفع الأدنى قول على موجب القياس والحبس قد ثبت بالنص من كتاب وسنة على ما صرحوا به في
فصله وفصلوه فيترك به القياس بخلاف الجبر بسبب الدين فإنه لم يثبت بنص فيجوز فيه القياس وبسقط
النقض بالحبس قطعاً لا يقال الجبر بسبب الدين أيضاً ثبت بالنص وهو ما روى إن معاذاً ركنه ديون
فباع رسول الله صلى الله عليه وسلم ماله وقسم غنمه بين غرمائه بالخصص كما ذكر في البدائع والتبيين
وبعض شروح هذا الكتاب دليلاً على قول الإمامين في هذه المسئلة لا نأقول أجابوا عنه في تلك
الكتب أيضاً عن قبل أبي حنيفة بأن يبيع النبي صلى الله عليه وسلم مال معاذ كان باقنه استعان بالنبي
عليه الصلاة والسلام وقالوا والدليل عليه أن يبيع ماله لا يجوز حتى يأمره ويأبى ولا يظن بمعاذ رضي الله
عنه أن يخالف أمر رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال في البدائع مع ما روى أنه طلب من رسول الله
صلى الله عليه وسلم أن يبيع ماله لينال بركته فيصير دينه مقضياً بركته اه فظهر أنه لا نص يدل على
جواز الجبر بسبب الدين فتعين أن المدار فيه هو القياس وتحقيق هذا المقام على هذا المنوال من
الأسرار التي وفقت لها بتوفيق الله تعالى ثم إن من الجائبات ههنا أني قد ابتليت في زمان من الزمان
بأن أمتحن مع بعض من عدى الأهالي والاعيان لأجل بعض من المدارس في يوم واحد من كتب ثلاثة
الهداية وشرح المواقف وشرح المفتاح فاتفق أن يقع البحث من هذا الكتاب من أول هذا الباب
فكان استخراج بعض من أعجاب الامتحان في هذا المقام على أن تكون كلمة لوفى قول صاحب العناية

(ولكن يحبس أبدأ حتى يبيعه في دينه) اي فالحق الغرماء ودفع الظلمه (وقالا اذا طلب غرماء المفلس الحجر عليه حجر القاضي عليه

في الجواب ولولم يكن أعلى ما تدفع به ضرر الدائن وصليته فجعل كلمة أعلى مضافة الى كلمة ما وجعل كلمة ما موصولة قسبي على هذا الاستخراج خوافات من الاوهام فلما عرض ذلك على الصدرين الذين كانا حكمين في ذلك الامتحان بينا بطلانه وشنعاء عليه جدا ومع ذلك لم يرجع عن رأيه الباطل بل أصر عليه وراجع بعض الوزراء واستعان بشهادة بعض من جهلة المدرسين بالمدارس العالية فوقع النزاع وشاع الامر حتى كاد تنقع فتنة عظيمة ولله در من قال رحم الله امرأ عرف قدره فلم يتعد طوره (قوله ولكن يحبس أبدأ حتى يبيعه في دينه) أقول يرد على ظاهر عبارة المصنف ههنا ما أورده صاحب العناية على نظيرها في أوائل باب الحجر للفاسد بأن قال تسامح عبارة في الجمع بين الابدو حتى ظاهر ويمكن توجيه عبارته ههنا أيضا بما وجهناه عبارته ههناك من حمل الابد على الزمان الطويل الممتد ويمكن ههنا توجيه آخر وهو أن تكون كلمة حتى ههنا بمعنى كى دون الى فيصير معنى الكلام ولكن يحبس أبدأ ليكون سببا لبيعه فلا مسامحة في الجمع أصلا إذ المسامحة انما هي في الجمع بين الابدو حتى بمعنى الانتهاء دون السببية كما لا يخفى نعم لا يقصد بالابد معنى الدوام البتة ولكنه أمر آخر وراه المسامحة في الجمع تأمل تقف (قوله) وقالوا اذا طلب غرماء المفلس الحجر عليه حجر القاضي عليه) أقول لقائل أن يقول لا يجب أن يكون الحجر عليه مقلسا بل يجوز الحجر على الغنى أيضا عندهما نظر الغرماء بل الحجر بسبب الدين انما يفيد فائدته في حق الغنى دون المفلس كما لا يخفى على الفطن فذكر المفلس في وضع المسئلة ليحل بحق لا يقال قد ذكر في النهاية وغيرها تنقلا عن الذخيرة أن من مشايخنا من قال مسئلة الحجر بسبب الدين بناء على مسئلة القضاء بالافلاس حتى لو حجر عليه ابتداء من غير أن يقضى عليه بالافلاس لا يصح حجره بالاخلاف والافلاس عندهما يتحقق في حالة الحياة فيمكن للقاضي القضاء بالافلاس والحجر بناء عليه وعند أبي حنيفة رحمه الله الافلاس في حال الحياة لا يتحقق فلا يمكنه القضاء بالافلاس وأولوا بالحجر بناء عليه ومنهم من جعل هذه المسئلة مسئلة مبتدأة فعلى هذا القول المانع من الحجر عند أبي حنيفة كون الحجر متضمنا لحاق الضرر بالمجور ولا تعلق له بالقضاء بالافلاس اه فيجوز أن يكون ذكر المفلس في وضع المسئلة في الكتاب بناء على اختيار قول من قال مسئلة الحجر بسبب الدين بناء على مسئلة القضاء بالافلاس لاننا نقول ما ذكر في الكتاب في تضاعيف بيان المذهبين في هذه المسئلة وتقرر ردائلهما كقوله في مذهب أبي حنيفة وان كان له مال لم يتصرف فيه الحاكم لانه نوع حجر وقوله في مذهب مالائه عساه يلجئ ماله في فوت حقهم وقوله فيه أيضا وبيع ماله ان امتنع المفلس من بيعه وقسمه بين غرمائه بالحصص بدل قطعاعلى أن ليس مدار ما في الكتاب على اختيار قول من قال مسئلة الحجر بناء على مسئلة القضاء بالافلاس اذا القضاء بالافلاس لا يتصور فيما اذا ظهر ماله وتلك الاقوال المذكورة في الكتاب صريحة في ظهور ماله بل مدار ما في الكتاب على اختيار قول من جعل هذه المسئلة مسئلة مبتدأة غير مبنية على مسئلة القضاء بالافلاس كما لا يخفى فالجواب أن يقال ليس المراد بالمفلس في قوله اذا طلب غرماء المفلس الحجر عليه معناه الحقيقي بل المراد به ما من يدعى الافلاس فيقال الغنى أيضا اذا الظاهر أن المديون الذي لا يؤدي دينه يدعى الافلاس وان كان غنيا في نفسه وامان حاله حال المفلس ولا شك أن الغنى الذي لا يؤدي دينه حاله في عدم أداء الدين حال المفلس فلا يلزم تخصيص المسئلة بماله ومفلس حقيقة

ولكن يحبس حتى يبيعه
في دينه اي فالحق الغرماء
ودفعوا لظلمه وقالوا اذا
طلب غرماء المفلس الحجر
عليه حجر القاضي عليه

قال المصنف (ولكن
يحبس أبدأ حتى يبيعه)
أقول فان قيل الحبس أيضا
بعدم الرضا كما سبق في
الاكراه فلا يصح البيع
قلنا الحبس لقضاء الدين بما
يختاره من الطريق فلا
يكون اكراهها على البيع
فليتأمل قال المصنف
(ودفعوا لظلمه) أقول فان
قضاء الدين واجب عليه
والماطلة ظلم

ومنع التصرفات) وكلامه ظاهر ومعنى قوله بأقل من ثمن المثل أن يبيع بالغبن يسيرا كان أو فاحشا وقوله (التجئة موهومة) لانه احتمال مرجوح فلا يهدر به أهلية الانسان ولا يرتكب البيع بلا تراض وقوله (والبيع ليس بطريق متعين لذلك) لانه يمكنه الايفاء بالاستقراض والاستيهاب والسؤال من الناس فلا يجوز للقاضي تعيين هذه الجهة عليه (بخلاف الجب والعنة) فان التفريق هنا متعين لانه لما يمكنه الامساك بالمعروف تعين عليه التسريح بالاحسان فلما امتنع عن التسريح بالاحسان مع عجزه عن الامساك بالمعروف ناب القاضي منابه في التفريق (٣٢٨) (قوله والحبس لقضاء الدين) جواب عن قوله ما حتى يحبس برفع السبن لاجله

أى لاجل البيع وتقريره سلمنا زوم الحبس لكنه ليس لاجل البيع بل لقضاء الدين بما اختاره من الطريق الذي ذكرناه من الاستقراض والاستيهاب وسؤال الصدقة وبيع ماله بنفسه (قوله كيف) أى كيف صح البيع (ولو صح البيع كان الحبس ظمنا لانه اضراجهما بتأخير حق الدائن وتهديب المديون فلم يكن مشروعا) ولكنه مشروع بالاجماع فلم يصح البيع (قوله وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله) وانما خصه بالذكر وان كان هذا بالاجماع لان الشبهة ترد على قوله لانه كان لا يجوز بيع القاضي على المديون في العروض وكان ينبغي أن لا يجوز في التقدين أيضا لانه نوع من البيع وهو بيع الصرف (قوله عملا بالشبهين) قيل انما لم يعكس حيث لم يجزى للغريم ولاية الاخذ نظرا الى الاتحاد لانه يلزم ترك أحد الشبهين لان ولاية

ومنع من البيع والتصرف والاقرار حتى لا يضر بالغرما (لان الحجر على السفه انما يجوز انظر له وفي هذا الحجر نظر للغرما لانه عساه يلجئ ماله فيقوت حقهم ومعنى قولهما ومنعه من البيع أن يكون بأقل من ثمن المثل أما البيع بغير المثل لا يبطل حق الغرما والمنع لحقهم فلا يمنع منه قال (وباع ماله ان امتنع المظلم من بيعه وقسمه بين غرما به بالمخص عندهما) لان البيع مستحق عليه لانه دينه حتى يحبس لاجله فاذا امتنع ناب القاضي منابه كافي الجب والعنة قلنا التجئة موهومة والمستحق قضاء الدين والبيع ليس بطريق متعين لذلك بخلاف الجب والعنة والحبس لقضاء الدين بما يختاره من الطريق كيف ولو صح البيع كان الحبس اضراجهما بتأخير حق الدائن وتهديب المديون فلا يكون مشروعا قال (وان كان دينه دراهم وله دراهم قضى القاضي بغير امره) وهذا بالاجماع لان للدائن حق الاخذ من غير رضاه للقاضي أن يعينه (وان كان دينه دراهم وله دينار أو على ضد ذلك باعها القاضي في دينه) وهذا عند أبي حنيفة استحسان والقياس أن لا يبيعه كافي العروض ولهذا لم يكن لصاحب الدين أن يأخذه جبر اوجه الاستحسان أنهم ما متحدان في الثمنية والمالية مختلفان في الصورة فبالنظر الى الاتحاد يثبت للقاضي ولاية التصرف وبالنظر الى الاختلاف يسلب عن الدائن ولاية الاخذ عملا بالشبهين بخلاف العروض لان الغرض يتعلق بصورها وأعيانها أما النقود فوسائل فاقترضا (وباع في الدين النقود من العروض ثم العقارب سدا باليسر فاليسر) لما فيه من المسارعة وقيل دستان وهو اختيار الى قضاء الدين مع مراعاة جانب المديون (ويترك عليه دست من ثياب بدنه وبيع الباقي) لانه كفاية شمس الامنة الحلواني لانه اذا غلب ثيابه لابلته من ملابس قال (فان أقر في حال الحجر باقراره ذلك بعد قضاء المديون) لانه تعلق بهذا المال حق الاوabin فلا يتمكن من ابطال حقهم بالاقرار غيرهم

(قوله وينعه من البيع والتصرف والاقرار حتى لا يضر بالغرما) أقول وجه ذكر التصرف المطلق بين البيع والاقرار مع أنهم من جنس التصرف أيضا غير واضح والعهد في ذلك على القدوري لان هذه العبارة عبارة القدوري والمصنف معبر عنه ولكنه لو أصلها بتصرف لكان أصح كما لا يخفى (قوله وهذا عند أبي حنيفة استحسانا) قال كثير من الشراح انما خص بأبي حنيفة بالذكر وان كان هذا بالاجماع لان الشبهة ترد على قوله لانه كان لا يجوز بيع القاضي على المديون في العروض وكان ينبغي أن لا يجوز في التقدين أيضا لانه نوع من البيع وهو بيع الصرف اه (أقول) ما ذكره وانما يتم أن لو كان عبارة المصنف وهذا عند أبي حنيفة بدون ذكر قوله استحسانا وأما عند ذكر قيد الاستحسان كما هو الواقع في كلام المصنف فقد كان ذلك مخصوصا بأبي حنيفة رحمه الله في الحقيقة فان كون جواز بيع التقدين بطريق الاستحسان دون القياس انما هو قول أبي حنيفة فقط وأما عندهما فيجوز بيع التقدين بطريق القياس فلا احتياج الى الاعتذار بتدبير

القاضي أهم وأقوى فلو ثبت للغريم ولاية الاخذ مع قصوره لثبت للقاضي لقوته وقوله (وباع في الدين النقود) (قوله) حاصله أن القاضي نصب ناظر افينبغي أن ينظر للمديون كما ينظر للغرما فيبيع ما كان أنظره

قال المصنف (والحبس لقضاء الدين بما يختاره من الطريق) أقول لكنه مخالف لما سبق أنفا من قوله ولكن يحبس حتى يبيعه في دينه والامر هين قال المصنف (فلا يكون مشروعا) أقول لكنه مشروع بالاجماع فلا يصح البيع (قوله لان الشبهة ترد على قوله الخ) أقول فيه بحث

وقوله (بخلاف الاستهلاك) متعلق بقوله لم يعد ذلك بعد قضاء الديون يعني اذا استهلك (٣٢٩) مال الغير في حالة الحجر يؤخذ بضمانه قبل

قضاء الديون فكان المتلف عليه أسوة لسائر الغرماء (لأنه مشاهد لامرته) بخلاف الإقرار فان سببه محتمل وقوله (وان لم يكن أخرجه تحريزا عن هلاكه) لأنه لا يجوز اهلاكه لمكان الدين ألا يرى أنه لو توجه الهلاك اليه بالخمسة لمكانه أن يدفعه بماله الغير فكيف يجوز اهلاكه لأجل مال الغير وعن أبي يوسف رحمه الله أنه لا يخرج من السجن في هذه الصورة أيضا لأن الهلاك لو كان انما يكون بسبب المرض وأنه في الحبس وغيره سواء وقوله (هو الصحيح) احتراز عن قبول بعضهم لا يمنع عن الاكتساب في السجن لأن فيه نظر العائنين لحاجب المدينون لأنه ينفي على نفسه وعياله ولرب الدين لانه اذا فضل منه شيء يصرف ذلك اليه وقوله (ولا يجوز بينه وبين غرمائه بعد خروجه من الحبس) أي لا يمنعهم من أن يدوروا معه أينما دار (بل لازمونه ولا يمنعونه من التصرف والسفر لقوله صلى الله عليه وسلم لصاحب الحق يدولسان أراد باليد الملازمة وباللسان التقاضي) ووجه التمسك أن الحديث مطلق في حق الزمان فيتناول الزمان الذي يكون بعد الإطلاق عن الحبس وقبله

بخلاف الاستهلاك لأنه مشاهد لامرته (ولو استفاد مالا آخر بعد الحجر نفذ إقراره فيه) لأن حقهم لم يتعلق به لعدم وقت الحجر قال (وينبغي على المفلس من ماله وعلى زوجته وولده الصغار وذوي أرحامه بمن يجب نفقته عليه) لأن حاجته الأصلية مقدمة على حق الغرماء ولأنه حق ثابت لغيره فلا يبطله الحجر ولهذا الزوج امرأة كانت في مقدار مهر مثلها أسوة للغرماء قال (فان لم يعرف للمفلس مال وطلب غرماء مؤه حبيسه وهو يقول لا مال لي حبيسه الحاكم في كل دين التزيم بعقد كالمهر والكفالة) وقد ذكرنا هذا الفصل بوجهه في كتاب أدب القاضي من هذا الكتاب فلا نعيد ما ذكرنا في كتابه وكذا ان أقام البيعة أنه لا مال له يعني خلى سبيله لوجوب النظر إلى الميسرة ولو مرض في الحبس يبقى فيه ان كان له خادم يقوم بعاملته وان لم يكن أخرجه تحريزا عن هلاكه والمحترف فيه لا يمكن من الاستعمال بعمله هو الصحيح ليضجر قلبه فينبعث على قضاء دينه بخلاف ما اذا كانت له جارية وفيه موضع يمكنه فيه وطؤها لا يمنع عنه لأنه قضاء إحدى الشهوتين فيعتبر بقضاء الأخرى قال (ولا يجوز بينه وبين غرمائه بعد خروجه من الحبس بل لازمونه ولا يمنعونه من التصرف والسفر) لقوله عليه الصلاة والسلام لصاحب الحق يدولسان أراد باليد الملازمة وباللسان التقاضي

(قوله بخلاف الاستهلاك) قال جماعة من الشراح قوله بخلاف الاستهلاك متعلق بقوله لم يعد ذلك بعد قضاء الديون يعني أنه اذا استهلك مال الغير في حالة الحجر يؤخذ بضمانه قبل قضاء الديون فكان المتلف عليه أسوة لسائر الغرماء اه كلامهم (أقول) في تفسيرهم نوع خلل اذ في صورة استهلاك مال الغير ليست المؤاخذه بضمانه مقدمة على قضاء الديون كما هو قولهم يؤخذ بضمانه قبل قضاء الديون بل المؤاخذه بذلك مع قضاء الديون برتبة واحدة نعم قولهم فكان التلف عليه أسوة لسائر الغرماء صريح في كون المجموع برتبة واحدة لكن الكلام في استدراك أول كلامهم بل اختلاله فالأظهر الأخصر ما ذكره صاحب معراج الدراية حيث قال في شرح قول المصنف بخلاف الاستهلاك حيث يصير المتلف عليه أسوة للغرماء بخلاف اه أو ما ذكره صاحب غاية البيان حيث قال في شرح ذلك حيث يلزمه ضمانه في الحال ويكون المتلف عليه أسوة لسائر الغرماء اه (قوله وينبغي على المفلس من ماله وعلى زوجته وولده الصغار) أقول ليس المفلس ههنا على معناه الحقيقي كما هو نظيره بل عدم ارادة الحقيقة ههنا أظهر لأن قوله من ماله يأتي إرادتها قطعاً وعن ههنا وقوع في الكافي وغيره بدل المفلس المدينون فالمراد بلفظ المفلس في عبارة الكتاب المعنى المجازي على أحد التوجهين بين الذين ذكرتهم ما فهم من قبل فتذكر (قوله قال فان لم يعرف للمفلس مال وطلب غرماء مؤه حبيسه وهو يقول لا مال لي حبيسه الحاكم في كل دين التزيم بعقد كالمهر والكفالة) أقول كان لفظ مختصر القدرى والبداية ههنا كذا وان لم يعرف للمفلس مال وطلب غرماء مؤه حبيسه وهو يقول لا مال لي حبيسه الحاكم في كل دين لزمه بدلا عن مال حصل في يده كمن المبيع وبدل القرض وفي كل دين التزيم بعقد كالمهر والكفالة اه وقد ترك المصنف في النقل بعض ذلك من الين كما ترى ولم يظهر لي وجه لذلك سوى الحمل على التسيان من المصنف عند كتب هذه المسئلة في الهداية لا مري يعترى الانسان في بعض الأحيان على مقتضى البشرية (قوله الى أن قال وكذلك ان أقام البيعة أنه لا مال له) قوله الى أن قال متعلق بقوله قال فان لم يعرف للمفلس مال يعني قال القدرى في مختصره فان لم يعرف للمفلس مال الى أن قال وكذلك ان أقام البيعة أنه لا مال له وقوله يعني خلى سبيله تفسير من المصنف لمراد القدرى بقوله وكذلك ان أقام البيعة أنه لا مال له وقوله لوجوب النظر إلى الميسرة تعليل

وقوله (يقسم بينهم بالخصص) أى يأخذ كل واحد منهم بقدر حصته من الدين هذا إذا أخذوا فضل كسبه بغير اختياره أو أخذ القاضى وقسمه بينهم بدون اختياره وأما المديون فى حال محنته لو أترأ أحد الغرماء على غيره بقضاء الدين باختياره فله ذلك نص على ذلك فى فتاوى النسفى فقال رجل عليه ألف درهم لثلاثة نفر لو أخذ منهم خمسمائة ولا خرم منهم ثلثمائة ولا خرم منهم مائتان وماله خمسمائة فاجتمع الغرماء وحسوه بديونهم فى مجلس القضاء كيف يقسم أمواله بينهم قال إذا كان المديون حاضرا فله أن يقضى ديونه بنفسه وله أن يقدم البعض على البعض فى القضاء ويؤثر البعض على البعض لأنه يتصرف فى خالص ملكه لم يتعلق به حق أحد فيه صرف فيه على حسب مشيئته وإن كان المديون غائبا والديون ثابتة عند القاضى فالقاضى يقسم ماله بين الغرماء بالخصص اذ ليس للقاضى ولاية تقديم بعضهم على بعض وقوله (بينة اليسار ترجح) اليسار اسم لليسار من أيسر أى استغنى والاعسار مصدر أعسر أى افتقر وفى بعض النسخ على بينة العسار بمعنى تؤكده ما دل عليه غيره إذا الأصل هو العسرة نصار كينة ذى اليد فى مقابلة بينة الخارج وقوله فى الملازمة (لا يمنعونه الخ) تفسير للملازمة (ولا يجلسه فى موضع لأنه حبس) وليس بمسحق عليه وعن محمد رحمه الله أنه قال للمدعى أن يجلسه فى مسجد حبه أو فى بيته لأنه رجا يطوف فى الأسواق والسكك لغير حاجة فيتضرر المدعى (ولو دخل داره لحاجته) كغدا أو غائط (لا يتبعه بل يجلس على باب داره إلى أن يخرج لان الإنسان لا بد له من موضع خاوة) وعن هذا قيل إذا أعطاه الغدا أو أعد له موضعا لاجل الغائط له أن يمنعه عن ذلك حتى لا يهرب (ولو

قال (و يأخذون فضل كسبه يقسم بينهم بالخصص) لاستواء حقوقهم فى القوة (وقال إذا فلسه الحاكم حال بين الغرماء وبينه الآن يقيموا البينة أن له مالا) لان القضاء بالافلاس عندهما يصح فتثبت العسرة ويستحق النظرة إلى الميسرة وعند أبى خنيفة رحمه الله لا يتحقق القضاء بالافلاس لان مال الله تعالى غادر وأثم ولان وقوف الشهود على عدم المال لا يتحقق الاطاعر اذ يصلح لدفعه لا لابطال حق الملازمة وقوله الآن يقيموا البينة اشارة إلى أن بينة اليسار ترجح على بينة الاعسار لانها أكثر اثباتا اذ الأصل هو العسرة وقوله فى الملازمة لا يمنعونه من التصرف والسفر دليل على أنه يدور معه أينما دار ولا يجلسه فى موضع لأنه حبس (ولو دخل داره لحاجته لا يتبعه بل يجلس على باب داره إلى أن يخرج) لان الإنسان لا بد أن يكون له موضع خاوة ولو اختار المطاوب الحبس والطالب الملازمة فالخيار إلى الطالب لأنه أبلغ فى حصول المقصود لاختياره الأضيق عليه الا اذا علم القاضى أن يدخل عليه بالملازمة ضرر بين بأن لا يمكنه من دخوله داره فحينئذ يجلسه دفعا للضرر عنه (ولو كان الدين للرجل على المرأة لا يلزمها) لما فهم من الخلوة بالاجنبية ولكن يبعث امرأته أمينة تلازمها قال (ومن أفلس وعنده متاع لرجل بعينه ابتاعه منه فصاحب المتاع أسوة للغرماء فيه) وقال الشافعى رحمه الله يحجر القاضى على المشتري بطلبه ثم للبائع خيار الفسخ

لذلك وأقول كان الاولى والأظهر أن يقدم المصنف قوله إلى أن قال على قوله وقد ذكرناه هذا الفصل بوجوهه فى كتاب أدب القاضى لثلاثة غرض كلام نفسه أثناء نقل كلام القدورى فيورث التشويش للناسطرى تعلق قوله إلى أن قال بقوله قال فان لم يعرف أفلس مال أو أن يترك قوله إلى أن قال ويقول قال وكذلك ان أقام البينة أنه لا مال له كما هو عادته فى سائر المواضع حتى يكون كلاما مستقلا كظايره ولا يكون قلنا كما ذكره تبصر تفهم (قوله و يأخذون فضل كسبه يقسم بينهم بالخصص لاستواء حقوقهم فى القوة) أقول لقائل أن يقول هذا التعليل قاصر عن افادة تمام المدعى لان استواء حقوقهم فى القوة انما يفيد عدم جواز تقديم بعضهم على البعض الاخر فيستدعى وجوب القسمة بينهم ولا يفيد أن تكون القسمة بينهم بالخصص أى بقدر حصته كل واحد منهم من الدين بل يؤهم لزوم

تؤكده ما دل عليه غيره إذا الأصل هو العسرة نصار كينة ذى اليد فى مقابلة بينة الخارج وقوله فى الملازمة (لا يمنعونه الخ) تفسير للملازمة (ولا يجلسه فى موضع لأنه حبس) وليس بمسحق عليه وعن محمد رحمه الله أنه قال للمدعى أن يجلسه فى مسجد حبه أو فى بيته لأنه رجا يطوف فى الأسواق والسكك لغير حاجة فيتضرر المدعى (ولو دخل داره لحاجته) كغدا أو غائط (لا يتبعه بل يجلس على باب داره إلى أن يخرج لان الإنسان لا بد له من موضع خاوة) وعن هذا قيل إذا أعطاه الغدا أو أعد له موضعا لاجل الغائط له أن يمنعه عن ذلك حتى لا يهرب (ولو

اختار المطاوب الحبس والطالب الملازمة فالخيار إلى الطالب لأنه أبلغ فى حصول المقصود لاختياره الأضيق والاستواء والاشد (عليه الا اذا علم القاضى أن يدخل عليه بالملازمة ضررين بأن لا يمكنه من دخوله داره فحينئذ يجلسه دفعا للضرر عنه) وفى معناه منعه عن الاكساب بقدر قوت يومه ولعيله (والدائن الرجل لا يلزم المديونة لاستلزامها الخلوة بالاجنبية لكن يبعث امرأته أمينة تلازمها) قال (ومن أفلس وعنده متاع لرجل بعينه) اذا اشترى متاعا من رجل فأفلس والمتاع باقى بيده (فصاحب المتاع أسوة للغرماء فيه وقال الشافعى رحمه الله يحجر القاضى بطلب البائع على المشتري) حتى لا ينفذ تصرفه بالبيع وغيره (ثم للبائع خيار الفسخ

(قوله قال فى المغرب وهو خطأ) أقول ويوجه هنا بأنه على سبيل الازدواج كافى قوله عليه الصلاة والسلام ارجعن ما جورأت غير ما زورات (قوله لاستلزامها الخلوة بالاجنبية الخ) أقول يعنى لاستلزام الملازمة الخلوة الخ والضمير فى تلازمها راجع إلى المديونة

لأنه عجز المشتري عن إيفاء الثمن والعجز عن إيفاء الثمن (يوجب حق الفسخ قياساً على العجز عن إيفاء المبيع والجامع بينهما أنه عقد معاوضة ومن قضيته المساواة) فإن قيل قياس مع وجود فارق وهو فاسد وذلك لأن الثمن دين في الذمة وهو مانع عن الفسخ بخلاف المبيع فإنه عين يرد عليها الفسخ أجاب بقوله (وصار كالسلم) يعني لا نسلم أن كونه ديناً يمنع عن الفسخ فإن المسلم فيه دين لا محالة وإذا تعذر قبضه بانقطاعه عن أيدي الناس كان لرب السلم حق الفسخ (ولنا أن الإفلاس يوجب العجز عما هو غير مستحق بالعقد) لأنه يوجب العجز عن تسليم العين المنقوضة من الدراهم والدنانير (وهو ليس مستحق بالعقد وإنما المستحق به وصف في الذمة أعني الدين) والعجز عما هو غير مستحق بالعقد لا يوجب الفسخ إذا لم يتغير على البائع شرط من شروط عقده فصار كالموكل كان المشتري ملماً وتوضيح ذلك أن موجب العقد ملك الثمن وهو ملك به ديناً في الذمة وبقاء الدين ببقاء محله والذمة بعد الإفلاس باقية كما كانت قبله فلا فرق بين الإفلاس والمليء فإن قيل هذا استدلال في مقابلة ما روى أبو هريرة رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال أيعار رجل أفلس فأدرك رجل وفي رواية فوجد البائع عنده متاعه فهو أحق به والاستدلال في مقابلة النص فاسد فالجواب (٣٣١) أنه معارض بما روى الخصام

لأنه عجز المشتري عن إيفاء الثمن فيوجب ذلك حق الفسخ كعجز البائع عن تسليم المبيع وهذا لأنه عقد معاوضة ومن قضيته المساواة وصار كالسلم ولنا أن الإفلاس يوجب العجز عن تسليم العين وهو غير مستحق بالعقد فلا يثبت حق الفسخ باعتباره وإنما المستحق وصف في الذمة أعني الدين وبقبض العين تحقق بينهما مبادلة هذا هو الحقيقة فيجب اعتبارها في موضع التعذر كالسلم لأن الاستبدال ممتنع فأعطى العين حكم الدين والله أعلم

الاستواء فيما أخذه وعلم المدعي ههنا وجوب القسمة بينهم بالخص لا بمجرد وجوب القسمة بينهم فلي تأمل (قوله) لأنه عجز المشتري عن إيفاء الثمن فيوجب ذلك حق الفسخ كعجز البائع عن تسليم المبيع وهذا لأنه عقد معاوضة ومن قضيته المساواة) قال صاحب العناية في تقرير هذا المحل لأنه عجز المشتري عن إيفاء الثمن والعجز عن إيفاء الثمن يوجب حق الفسخ قياساً على العجز عن إيفاء المبيع والجامع بينهما أنه عقد معاوضة ومن قضيته المساواة اهـ وورد بعض الفضلاء قوله والجامع بينهما أنه عقد معاوضة حيث قال فيه بحث بل العلة الجامعة هي العجز عن التسليم وقوله وهذا لأنه عقد معاوضة الخ لبيان صحة القياس فلي تأمل اهـ (أقول) ليس ذلك بسديد لأن مجرد العجز عن التسليم لا يكاد أن يكون علة جامعة في صحة القياس ههنا بدون ملاحظة كون العقد عقداً لمعاوضة والالزام أن يوجب العجز عن التسليم حق الفسخ في غير عقد المعاوضة أيضاً ولم يقل به أحد فالمدار في تحقق العلة الجامعة ههنا كون البيع عقداً لمعاوضة وهو الوجه لبيان المنصف صحة القياس ههنا بقوله وهذا لأنه عقد معاوضة ومن قضيته المساواة والقول بأن الجامع بينهما أنه عقد معاوضة ومن قضيته المساواة ليس مما انفرد به صاحب العناية بل أطبق على التصريح به كلمة الثقات ههنا كصاحب الكافي وصاحب معراج الدراية والامام الزينبي وغيرهم والله أعلم

عن أداء البذل فإن موجب العقد لم يتغير ولم يول أن يفسخ لأن موجب العقد ملك المولى البذل بالقبض لأنه ليس بدين حقيقة كما تقدم فإذا عجز فقد تغير موجب العقد (قوله وبقبض العين) جواب عما قال لما كان العين المنقوضة غير مستحقة بالعقد وجب أن لا تبرأ ذمة المدين بدفع المنقوضة وتقديره أن قضاء الدين واجب وذلك بالوصف الثابت في الذمة غير متصور وجعل الشارع العين بدلًا عنه فإذا قبض العين بدلًا عنه (تحقق بينهما مبادلة) من حيث أنه ثبت لكل واحد منهما في ذمة الآخر وصف فيلتحقان قصاصاً (هذا هو الحقيقة) أي تحقق المبادلة هو الحقيقة في قضاء الدين (فيجب اعتبارها ما لم يتعذر) وفيما نحن فيه غير متعذر فكان العجز عن تسليم ما هو غير مستحق بالعقد وذلك لا يوجب الفسخ (بخلاف السلم) فإنه لا يمكن تحقق المبادلة فيه لحرمة الاستبدال فيه بقوله صلى الله عليه وسلم لا تأخذوا السلوك أو رأس مالك فيجب أن يجعل العين المقبوضة في مقابلة ما في الذمة عين ما هو في الذمة فكان العجز عنه عجزاً عما أوجبه العقد وذلك يوجب الفسخ والله أعلم بالصواب

(قوله والجامع بينهما أنه الخ) أقول فيه بحث بل العلة الجامعة هي العجز عن التسليم وقوله وهذا لأنه عقد معاوضة الخ لبيان صحة القياس فلي تأمل (قوله وهو ملك به) أقول الضمير في قوله به راجع إلى العقد

بأسناده أن النبي صلى الله عليه وسلم قال أيعار رجل أفلس فوجد رجل عنده متاعه فهو أسوة غرمائه فيه وتأويل حديث أبي هريرة رضي الله عنه أن المشتري كان قبضه بشرط الخيار للبائع فإن قيل ما ذكركم من الدليل أن صح بجميع مقدماته لم أن لا يفسخ العقد إذا كسدت الفلوس لأن موجب العقد لم يتغير لأن الثمن دين في الذمة وهي باقية كما كانت قبل الكساد أجيب بأن لا نسلم عدم التغير لأن موجب العقد ملك فلوس هي نعم ولم يبق بعد الكساد كذلك ولا بشكل بما إذا عجز المكاتب

﴿ كتاب المأذون ﴾

الاذن الاعلام لغة وفي الشرع فك الحجر واسقاط الحق عندنا

﴿ كتاب المأذون ﴾

ايراد كتاب المأذون بعد كتاب الحجر ظاهر المناسبة اذا اذن يقتضى سبق الحجر فلما ترتب وجودا ترتبنا
أيضا ذكراروما للتناسب (قوله الاذن الاعلام لغة) أقول لم أرقط في كتب اللغة المتداولة بين
الثقات محيى الاذن بمعنى الاعلام وانما المذكور فيها كون الاذن بمعنى الاعلام فقوله الاذن الاعلام
لغة محيى نظري يظهر ذلك لمن راجع كتب اللغة نعم قد وقع في كلام كثير من المشايخ في كتب الفقه
تفسير بمعنى الاذن لغة بالاعلام كما ذكره المصنف ولعلمهم تسامحوا في التفسير فعبروا عن معنى الاذن
من أذنه في الشيء اذنا أى اباحه كما صرح به في القاموس بما يلزمه عادة من الاعلام ولا يخلو عن نوع
الايعة اليه ما ذكره صاحب النهاية حيث قال ههنا يحتاج الى بيان الاذن لغة وشرعا ثم قال أما اللغة
فالاذن في الشيء رفع المانع لمن هو محجور عنه واعلام باطلاقة فيما حجر عنه من أذنه في الشيء اذنا
اه ثم ان من المستبعد ههنا ما ذكره الامام الزيلعي حيث قال في التبيين والاذن في اللغة الاعلام
ومنه الاذن وهو الاعلام بدخول الوقت اه وكذا ما ذكره صاحب البدائع حيث قال في فصل
شرائط الركن من كتاب المأذون لان الاذن هو الاعلام قال الله تعالى وأذن من الله ورسوله أى
اعلام اه فان مدار ما ذكره اتحاد الاذن والاذن حيث استشهدا بمعنى أحدهما على معنى الآخر
وليس كذلك قطعنا ولا يظهر في تفسير معنى الاذن لغة ما ذكره شيخ الاسلام خواهر زاده في مبسوطه
حيث قال أما الاذن فهو الاطلاق لغة لانه ضد الحجر وهو المنع فكان اطلاقا عن شيء أى شيء كان اه
(قوله وفي الشرع فك الحجر واسقاط الحق عندنا) قال في غاية البيان يعنى أن العبد كان محجورا عن
التصرف لحق المولى فاذا أذن له المولى أسقط حق نفسه اه وقال في النهاية أى اذن المولى لعبده
في التجارة اسقاط حق نفسه الذى كان العبد لاجله محجورا عن التصرف في مال المولى قبل اذنه
وبالاذن أسقط حق نفسه عنده اه وقال في العناية فان المولى اذا أذن لعبده في التجارة أسقط حق
نفسه الذى كان العبد لاجله محجورا عن التصرف في مال المولى قبل اذنه اه وقال تاج الشريعة
لانه كان للمولى حق في رقبة العبد فقبل الاذن لا تتعلق الديون برقبته ولا يكسبه وبعد الاذن يسقط
هذا الحق وتعلق الديون بها اه وقال في الكفاية وفي الشرع فك الحجر واسقاط الحق وهو حق
المولى مالية الكسب والرقبة فانه يمنع تعلق حق الغير بها اصولا لحق المولى وانه بالاذن أسقط حقه
اه فنخلص من المجموع أن المراد بالحق ههنا حق المولى وقد أفصح عنه المصنف فيما بعد حيث قال
وانحجاره عن التصرف لحق المولى لانه ما عهد تصرفه الامور جبا تعلق الدين برقبته وبكسبه وذلك مال
المولى فلا بد من اذنه كي لا يطل حقه من غير رضاه اه قال صاحب الاصلاح والايضاح المراد بالحق
ههنا حق المنع لاحق المولى لانه مع اختصاصه باذن العبد غير صحيح لان حق المولى لا يسقط بالاذن
واذلك يأخذ من كسبه جبراعلى ما سبأني والمسقط هو المولى ان كان المأذون رقيقا والمولى ان كان
صيبا اه كلامه (أقول) فيه نظر أما أولا فلان كون المراد بالحق ههنا حق المنع لا ينافي كونه
حق المولى بل يقتضيه لان حق المنع المتعلق بالعبد هو حق المولى لاحق غيره فان معنى حق المنع حق
هو منع عن التصرف على أن تكون الاضافة يانسية ومعنى حق المولى حق هو للمولى على أن تكون
الاضافة بمعنى اللام ولا ريب أن الحق الذى هو منع العبد عن التصرف انما يكون للمولى لا لغيره فكان
حقه قطعاً وأما ثانياً فلائنه ان أراد بقوله لان حق المولى لا يسقط بالاذن أنه لا يسقط به أصلا فنوع

﴿ كتاب المأذون ﴾

ايراد كتاب المأذون بعد
كتاب الحجر ظاهر المناسبة
اذا اذن يقتضى سبق الحجر
(وهو في اللغة عبارة عن
الاعلام وفي الشرع فك
الحجر واسقاط الحق عندنا)
فان المولى اذا أذن لعبده
في التجارة أسقط حق
نفسه الذى كان العبد
لاجله محجورا عن التصرف
في مال المولى قبل اذنه

﴿ كتاب المأذون ﴾

(قوله وفي الشرع فك الحجر
واسقاط الحق عندنا)
أقول لا يخفى عليك أن
اذن الصبي والمعتوه ليس
فيه اسقاط الحق وسيجيء
تفصيله ثم اعلم أن قوله
واسقاط الحق عندنا
كالتفسير لقوله فك الحجر

(والعبد بعد ذلك يتصرف بنفسه بأهليته لانه بعد الرق بقي أهلا لتصرف بلسانه)

(٣٣٣)

الناطق وعقله المميز) لكن

لما كان تصرفه واجب
تعلق الدين برقبته أو
كسبه وذلك حق المولى
المجبر عنه (فلا بد من اذنه
كي لا يبطل حقه من غير
رضاه) فقله واسقاط الحق
الخ كالتفسير لقوله
فك الحجر وقوله عندنا
اشارة الى خلاف الشافعي
رحمه الله فان الاذن عنده
توكيل وانابة وصحح
المصنف رحمه الله كونه
اسقاطا عندنا بقوله
ولهذا لا يقبل التأنيث
فانه لما كان تصرفه
يحكم ماله كونه الاصلية
وانها عامة لا تختص
بنوع ومكان ووقت دل
على أنه اسقاط لحق
المولى لا غير اذا اسقاطات
لا تنوقت كالطلاق
والعتاق فان قبيل قوله
فك الحجر جواب واسقاط
الحق مذ كور في حيز
التعريف فكيف جاز
الاستدلال عليه
فالجواب من وجهين
أحدهما أنه ليس باستدلال
وانما هو تصحيح النقل
بما يدل على أنه عندنا
معترف بذلك كما أشرنا
اليه والثاني أن حكمه
الشريعي هو تعريضه
فكان الاستدلال عليه من
حيث كونه حكما لا من حيث
كونه تعريفا وصحح المصنف
كونه يتصرف بأهليته تنسبه

والعبد بعد ذلك يتصرف بنفسه بأهليته لانه بعد الرق بقي أهلا لتصرف بلسانه الناطق وعقله المميز
واستجباره عن التصرف لحق المولى لانه ما عهد تصرفه الامو جبا تعلق الدين برقبته وبكسبه وذلك مال
المولى فلا بد من اذنه كي لا يبطل حقه من غير رضاه

كيف وسبب أي أنه اذا لم يذمه ديون تحيط بكسبه ورقبته تعلق بكسبه ورقبته جميعا فيباع كل ذلك
لغيره ما فيسقط حق المولى في كسبه ورقبته جميعا لا محالة وان أراد بذلك أنه لا يسقط به في الجملة كما
اذا لم تحيط به مادون فسلم لكن لا يجدي نفعا اذ ليس المراد باسقاط الحق في معنى الاذن شرعا اسقاطه
بالكلمة الستة بل المراد به اسقاطه في الجملة وذلك يتحقق في صورة احاطة الدين بل في صورة عدم احاطته
أيضا بالنظر الى البعض الساقط بمقدار الدين كما لا يخفى وأما اختصاص حق المولى باذن العبد فلا
يضر اذا المقصود بالذات في كتاب المأذون بيان اذن العبد وانما يبين فيه اذن الصبي أيضا على سبيل
التبعية فيجوز أن يكون مدار ما ذكره في تفسير الاذن في الشرع على ما هو المقصود بالذات في كتاب
المأذون ثم ان صاحب النهاية قال وأما حكمه فانه تفسير الشري وهو فك الحجر الثابت بالرق شرعا عما
يتناول الاذن لا الانابة والتوكيل لان حكم الشيء ما يثبت به والثابت بالاذن في التجارة فك الحجر عن التجارة
وقال هذا ما ذكره في المبسوط والابيضاح والذخيرة والمغني وغيرها اه وقد اذقني أثر الامام الزيلعي
حيث قال في التبيين وحكمه هو التفسير الشري وهو ما ذكرنا من فك الحجر اه (أقول) كون حكم الاذن
ما هو تفسيره الشري غير معقول المعنى لان حكم الشيء على ما تقرر عندهم انما هو أثره الثابت به المترتب
عليه وقد أشار اليه صاحب النهاية أيضا بقوله لان حكم الشيء ما يثبت به ولا يذهب على ذي مسكة
أن ما يثبت بالشيء ويصير أثر امر تباع عليه لا يصلح أن يكون تفسيره لذلك الشيء محمولا عليه بالمواطاة
* ثم أقول ليس المذ كور في الذخيرة وغيرها أن حكمه ما هو تفسيره الشري بل المذ كور فيها هكذا وأما
بيان حكمه فنقول حكمه شرعا عندنا فك الحجر الثابت بالرق شرعا عما يتناول الاذن لا الانابة ولا التوكيل
لان حكم الشيء ما يثبت به والثابت بالاذن في التجارة فك الحجر عن التجارة اه فيجوز أن يكون المراد
بفك الحجر المذ كور فيه ما هو مصدر من المبني للفعول فيؤول الى معنى انفكك الحجر ويصير صفة للحجر
ولا شك أن المراد بفك الحجر المذ كور في تفسير الاذن شرعا ما هو مصدر من المبني للفاعل وصفة للاذن
فيصح أن يكون المذ كور في تلك الكتب حكما للاذن الشري اذ لا ريب أن الانفكك أثر ثابت بالفق
كالانكسار مع الكسر ثم ان الاظهر في بيان حكم الاذن ما ذكره صاحب غاية البيان وعزاه الى التحفة
حيث قال وأما حكمه فلك المأذون ما كان من قبيل التجارة ورواها وضروا ثم اوعدهم ملكه ما لم يكن
كذلك الى هذا اشار في التحفة وذلك لان حكم الشيء ما يثبت بالشيء والثابت بالاذن ما قلنا فكان حكمه
الى هنا كلامه (قوله والعبد بعد ذلك يتصرف بنفسه بأهليته لانه بعد الرق بقي أهلا لتصرف بلسانه
الناطق وعقله المميز) فان قيل المأذون عديم الاهلية لحكم التصرف وهو الملك فينبغي أن لا يكون أهلا
لنفس التصرف لان التصرفات الشرعية انما تراد لحكمها وهو ليس بأهل لذلك فلا يكون أهلا لسيبه
أجيب بأن حكم التصرف ملك اليد والرق في أهل لذلك ألا يرى أن استحقاق ملك اليد يثبت للمكانب مع
قيام الرق فيه وهذا لانه مع الرق أهل للحاجة فيكون أهلا لقضاءها وأدنى طريق قضائها ملك اليد فهو
الحكم الاصل للتصرف وملك العين شرع للتوصل اليه فانه هو الحكم الاصل يثبت للعبد وما وراء ذلك
يخلفه المولى فيه وهو نظير من اشترى شيئا على أن البائع بالخيار ثم مات ففي اختيار البائع البيع يثبت ملك
العين للوارث على سبيل الخلاف عن المورث يتصرف بأشهر المورث بنفسه كذا ذكر في كثير من شروح هذا

(قوله كما أشرنا اليه) أقول يعني بقوله وصحح المصنف الخ

بقوله (ولهذا لا يرجع بحقه من العهدة على المولى) وهذا لأن أول تصرف يباشره العبد المأذون الشراء لأنه لا مال له حتى يبيع والعبد في الشراء متصرف لنفسه لا للمولى لأنه يتصرف في نعمته بإيجاب الثمن فيها حتى لو امتنع عن الأداء حال الطلب حبس وضمنه خالص حقه لا لحالة ولهذا لو أقر على نفسه (٣٣٤) بالقصاص صح وان كذبه المولى فكان الشراء حقه وهذا المعنى يقتضي نفاذ تصرفاته

ولهذا لا يرجع بحقه من العهدة على المولى ولهذا لا يقبل التأقيت حتى لو أذن لعبد يوماً أو شهراً كان مأذوناً أبداً حتى يحجر عليه لأن الاسقاطات لا تنوقت ثم الأذن كما ثبت بالصرح ثبت بالدلالة الكتاب وفي عامة كتب الأصول (أقول) فيه بحث لأنهم إن أرادوا أن الرقيق له ملك اليد بأهليته الأصلية الذاتية كما هو المتبادر من كلامهم بشكل ما تقرر عندهم من أن المكاتب مملوك للمولاه رقة لا يدا والمدير مملوك له يدا الرقة والقن مملوك له يدا ورقة فان الرقيق إذا كان مالكاً به فكيف يكون مملوكاً للمولاه يدا في صورة أن كان قنناً أو مديراً وإن أرادوا أن له ملك اليد بأهليته المكتسبة من مولاه بالأذن أو الكتابة فلا يتم التقريب إذ كلام المصنف وغيره صريح في أن أصل أصحابنا أن العبد المأذون له متصرف لنفسه بأهليته الأصلية الثابتة بلسانه الناطق وعقله المميز فليتأمل في التوجيه (قوله) ولهذا لا يرجع بحقه من العهدة على المولى (قال في العناية) وصح المصنف كونه يتصرف بأهلية نفسه بقوله ولهذا لا يرجع بحقه من العهدة على المولى وهذا لأن أول تصرف يباشره العبد المأذون الشراء لأنه لا مال له حتى يبيع والعبد في الشراء متصرف لنفسه لا للمولى لأنه يتصرف في نعمته بإيجاب الثمن فيها حتى لو امتنع عن الأداء حال الطلب حبس وضمنه خالص حقه لا لحالة ولهذا لو أقر على نفسه بالقصاص صح وان كذبه المولى فكان الشراء حقه وهذا المعنى يقتضي نفاذ تصرفاته قبل الأذن أيضاً لكن شرطنا إذن المولى دفعا للضرر عنه بغير رضاه وهذا حاصل ما ذكره صاحب النهاية ناقلنا عن الذخيرة (أقول) يرد على ظاهر قوله لأن أول تصرف يباشره العبد المأذون الشراء لأنه لا مال له حتى يبيع أنه لا يلزم من أن لا يكون له مال يبيعه أن يكون أول تصرفه الشراء لجواز أن يكون أول تصرفه أخذ المضاربة أو إيجار نفسه فانه عاك كل واحد من ذينك التصرفين كما سيأتي في الكتاب ولا يقتضي شيء منهما أن يكون له مال كالإيجار ويمكن أن يقال يجوز بینه قوله المزبور على ما هو الأصل في التجارة وما هو الغالب وقوعا فيها ولا يخفى أن الأصل في التجارة هو البيع والشراء كما سيأتي التصريح به من المصنف وأنها ما هو الغالب وقوعا في باب التجارة فعلى مقتضى ذلك البناء إذا لم يكن للعبد المأذون في أول تصرفه مال يبيعه تعين له الشراء ثم وقال بعض الفضلاء في حاشيته على قول صاحب العناية لأن أول تصرف يباشره العبد المأذون الشراء بل أول تصرف يباشره مؤاجرة نفسه والجواب أنه عند الخصم فإن مؤاجرة نفسه غير جائزة عنده في أحد قوليه على ما سيجيء اه (أقول) في كل من أراد مؤاجرة نفسه إقامة أمافي الأول فلائنه قال بل أول تصرف يباشره مؤاجرة نفسه بطريق الجزم وكان الظاهر أن يقول بل يجوز أن يكون أول تصرف يباشره مؤاجرة نفسه على أن قوله مؤاجرة نفسه خطأ على ما ذكر في الأساس والمغرب وكان الصواب أن يقول بدل ذلك إيجار نفسه كما قلت فيما مر وأما في الثاني فلا يابعد ثبات ما قلنا أن العبد المأذون له يتصرف بعد الأذن لنفسه بأهليته لا بصدر الجواب عما قاله الخصم بل لم يقع التصريح من المصنف ههنا بما قاله الخصم أصلاً فكيف يصح أن نحمل المقدمة المذكورة على مذهب الخصم في أحد قوليه دون مذهبنا على أنها لو حلت على مذهب الخصم لم تسلم أيضاً لجواز أن يكون أول تصرف يباشره أخذ المضاربة كما ذكرنا من قبل والخصم لا ينكر جواز ذلك فلم يقدح في الحل على مذهبنا الذي يمكن في الجواب ما قدمنا لا غير (قوله) ولهذا لا يقبل التأقيت

قبل الأذن أيضاً لكن شرطنا إذن المولى دفعا للضرر عنه بغير رضاه والرضا بالضرر لا يتفاوت بين نوع ونوع فالتقييد بالتوقيت غير مفيد فلا يعتبر فإن قيل العبد المأذون عديم الأهلية بحكم التصرف وهو الملك فينبغي أن لا يكون أهلاً لنفس التصرف لأن التصرفات الشرعية إنما تراد لحكمها وهو ليس بأهل لذلك أوجب بأن حكم التصرف ملك اليد والرقيق أصل في ذلك وقد قررنا تمام ذلك في التقرير فإن قيل لو كان الأذن فذلك الجرح والعبد يتصرف بأهليته لما كان للمولى ولاية الجرح بعده لأنه أسقط حقه والساقط لا يعود أوجب بأن الرق لما كان باقياً كان الجرح بعده امتناعاً بحق الاسقاط فيما يستقبل لأن الساقط لا يعود (ثم إن الأذن كما ثبت صريحاً ثبت دلالة

(قوله) ولهذا لا يرجع بحقه من العهدة (الخ) أقول قال صاحب الهداية في أول الوكالة أن وكل صبياً محجوراً عليه بعقل البيع

والشراء وعبد محجوراً عليه جاز ولا تتعلق بهما الحقوق وتعلق بموكلهما (قوله) وهذا لأن أول تصرف يباشره العبد المأذون الشراء (أقول) بل أول تصرف يباشره مؤاجرة نفسه والجواب أنه عند الخصم فإن مؤاجرة نفسه غير جائزة عنده في أحد قوليه على ما سيجيء ثم اعلم أن قوله وهذا إشارة إلى قوله وصح المصنف كونه الخ (قوله) والرضا بالضرر لا يتفاوت (الخ) أقول فيه بحث

كما إذا رأى عبده يبيع (من ماله شيئاً) ويشترى فسكت بصير ما ذونا عندنا خلا فالزفر والشافعي رحمه الله) وهو من باب بيان الضرر وقد عرف في الأصول قالوا السكوت محتمل للرضا وفرط الغيظ وقلة الالتفات إلى تصرفه لعله بكونه مجبوراً والمحمتمل لا يكون حجة وقلنا جعل سكوته حجة لأنه موضع بيان إذا الناس بعامالون العبد حين علمهم بسكوت المولى ومعاملتهم قد تنفص إلى حقوق ديون عليه. وإذا لم يكن ما ذونا تأخر المطالبة إلى ما بعد العتق وقد يعتق وقد لا يعتق وفي ذلك إضرار بالمسلمين بأنواع حقهم ولا إضرار في الإسلام وليس للمولى فيه ضرر متحقق لأن الدين قد يلحقه وقد لا يلحقه فكان موضع بيان أنه راض به أولاً والسكوت في موضع الحاجة إلى البيان بيان فإن قيل عين ذلك التصرف الذي رأى من البيع غير صحيح فكيف يصح غيره وكذا إذا رأى أجنبياً يبيع من ماله وسكت لم يكن إذا والمرتهن إذا رأى الراهن يبيع الرهن وسكت لم يكن إذا وإذا رأى رقيقه يزوج نفسه وسكت لا يكون إذا فافرق أحجب بأن الضرر في التصرف الذي رأى متحقق بإزالة ملكه عما يبيعه في الحال فلا يثبت بسكوته وليس في ثبوت الأذن في غيره ذلك لما قلنا أن الدين قد يلحقه وقد لا يلحقه ولا يلزم من كون السكوت إذا بالنظر إلى ضرر رمتوهم كونه إذا بالنظر إلى متحقق (٣٣٥) وهو الجواب عن بيع الأجنبي ماله

وفي الرهن لم يصير سكوت إذا لأن جعله إذا يبطل ملك المرتهن عن اليد وقد لا يصل إلى يده من محل آخر فكان في ذلك ضرر متحقق لا يقال الراهن أيضاً يتضرر ببطلان ملكه عن الثمن فترجح ضرر المرتهن تحكماً لأن بطلان ملكه عن الثمن موقوف لأن يبيع المرهون موقوف على ظاهر الرواية وبطلان ملك المرتهن عن اليد بات فكان أقوى وأما الرقيق عبداً كان أو أمة إذا زوج نفسه فاعلم بصير السكوت فيه إذا قال بعض الشارحين ناقلاً عن مبسوط شيخ الإسلام رحمه الله لأن السكوت إنما يصير إذا

كما إذا رأى عبده يبيع ويشترى فسكت بصير ما ذونا عندنا خلا فالزفر والشافعي رحمه الله ولا فرق بين أن يبيع عينا مملوكاً للمولى أولاً أجنبياً بآذنه أو بغير آذنه ببيعاً صحيحاً أو فاسداً

قال صاحب العناية وصحح المصنف كونه أسوة اطاعنا ببقوله ولهذا لا يقبل التأقيت ثم قال فإن قيل قوله فلأخرجوا سقاط الحق مدكور في حيز التعريف فكيف جاز الاستدلال عليه فالجواب من وجهين أحدهما أنه ليس باستدلال وإنما هو تصحيح النقل عما يدل على أنه عندنا معترف بذلك كما أشرنا إليه والثاني أن حكمه الشرعي هو تعريفه فكان الاستدلال عليه من حيث كونه حكماً لا من حيث كونه تعريفاً اه كلامه (أقول) في كل من وجهي الجواب نظر أما في الأول فلان تصحيح النقل عما يدل على أنه عندنا معترف بذلك عين الاستدلال فإن ما يدل على ذلك هو الدليل وتصحيح النقل به هو الاستدلال فسامعني قوله أنه ليس باستدلال وأما في الثاني فلان كون حكمه الشرعي هو تعريفه مما لا يكاد يصح لأن حكم الشيء ما هو خارج عنه مبين له وإن كان أثر امرته تبعاً عليه وتعريف الشيء ما هو محمول عليه بالمواطأة متحدياً في الذات فأنى يكون أحدهما هو الآخر وقد مر مثل ذلك من قبل والحق في الجواب أن يقال ليس الاستدلال المسد كور على نفس التعريف حتى يرد أن التعريف لا يقبل الاستدلال عاينه لأنه تصور والتصور لا يكتسب من التصديق بل على الحكم الضمني كأن يقال هذا التعريف صحيح وهذا التعريف مطابق لاصواتنا أو نحو ذلك ولا يخفى أن تلك الأحكام تصديقات تقبل الاستدلال عليها قطعاً وتظهر هذا ما حققنا في فقه من أن المنع والنقض والمعارضة في التعريفات إنما تتوجه إلى الأحكام الضمنية لا إلى نفس التعريفات تدبر ترشد (قوله ولا فرق بين أن يبيع عينا مملوكاً للمولى أولاً أجنبياً بآذنه أو بغير آذنه ببيعاً صحيحاً أو فاسداً) قال الامام الزبلي في التبيين بعد أن قال مثل هذا هكذا ذكر صاحب الهداية وغيره وذكر قاضيان في فتاواه إذا رأى عبده يبيع عينا من أعيان المسالك فسكت لم يكن إذا وكذا المرتهن إذا رأى الراهن يبيع الرهن فسكت لا يبطل الرهن اه (أقول)

وأجاز دفع الضرر ولا ضرر على أحد في نكاح العبد والامة لأن النكاح يكون موقوفاً لنكاح المملوك مملوك المولى لما فيه من إصلاح ملكه ومنافع المملوك كذلك وليس لاحد ابطال ملكه بغير رضاه فكان موقوفاً وأمكن فسحه فلا يتضرر به أحد وقيل فيه نظر لأنه لا كلام في أن نكاح الرقيق موقوف على إذن المولى وإجازته وإنما هو في أن سكوتها إجازة أولاً ولعل الصواب أن يقال إن في ذلك ضرراً محققاً للمولى فلا يكون السكوت إذا (ثم لا فرق بين أن يبيع عينا مملوكاً للمولى أولاً أجنبياً بآذنه أو بغير آذنه ببيعاً صحيحاً أو فاسداً)

(قوله إذا الناس بعامالون العبد حين علمهم بسكوت المولى الخ) أقول لهما أن يقول ذلك لحاجة المعامل حيث اغتر بعمره بالسكوت ولم يسأل من المولى ولذلك نظائر (قوله وليس للمولى فيه ضرر متحقق لأن الدين قد يلحقه وقد لا يلحقه) أقول أنا كان حقوق الدين غير متحقق كان الضرر في حق الناس أيضاً متوهم فكيف يسهط به الحق الثابت للمولى على العبد لا بد من التأمل (قوله وقيل فيه نظر لأنه لا كلام في أن نكاح الرقيق الخ) أقول وعندى أن النظر غير وارد لأن كون السكوت إذا كان لأجل دفع الضرر فثبت لا ضرر يبقى على القياس ولا يجعل إذا

لان كل من رآه يظنه مأذونا له فيها فاعده فيتضرر به لو لم يكن مأذونا له ولو لم يكن المولى راضيا به لنعده دفعا للضرر عنهم) وهذا الدليل كما ترى لا يفرق بين شئ وشئ من الوجوه المذكورة أعني أن يبيع عبدا مملوكا للمولى الخ قال (واذا أذن المولى لعبده في التجارة) اذا قال المولى لعبده أذنت لك في التجارة ولم يقيد بشئ كان اذا عاماما بالتصرف في جنس التجارة بلا خلاف فيبيع ويشتري ما بدله من أنواع الاعيان لان التجارة اسم جنس محلي باللام فكان عاما يتناول جميع أنواع الاعيان لانه أي بيع الاعيان أصل التجارة والمنافع لكونها قائمة بالأعيان ألحقت بها (ولو باع بغبن يسير جاز) بالاتفاق (لتعذرا لاحتراز عنه وكذا باع الفاحش عند أبي حنيفة رحمه الله خلافا لهما) قالوا لبيع بالغبن الفاحش خلاف (٣٣٦) المقصود اذا المقصود بالبيع الاسترباح دون الخلاف فكان بمنزلة التبرع ولهذا

اعتبر من المريض من الثلث وما هو خلاف المقصود لا ينتظمه الاذن بالمقصود ولا في حنيفة رحمه الله أن البيع بالغبن الفاحش تجارة يملكه الحر فملكه العبد المأذون لانه بعد الاذن كالحري يتصرف بأهلية نفسه كما تقدم واعتباره من الثلث من المريض لحق الغرماء والورثة وذلك لا يدل على أنه لا ينفذ من المأذون كالغبن اليسير فانه يصح من المأذون بالاتفاق وفي حق المريض يعتبر من الثلث فأبو حنيفة رحمه الله سوى ههنا بين البيع والشراء في الغبن الفاحش وفرق بينهما في تصرف الوكيل لان الوكيل يرجع على الأمر بما يلحقه من العهدة فكان الوكيل في الشراء متمما في أنه اشتراه لنفسه فلما ظهر له العيب أراد أن يلزم الأمر وهذا لا يجوز في تصرف

لان كل من رآه يظنه مأذونا له فيها فاعده فيتضرر به لو لم يكن مأذونا له ولو لم يكن المولى راضيا به لنعده دفعا للضرر عنهم قال (واذا أذن المولى لعبده في التجارة اذا عاماما تصرفه في سائر التجارات) ومعنى هذه المسئلة أن يقول له أذنت لك في التجارة ولا يقيد به وجهه أن التجارة اسم عام يتناول الجنس فيبيع ويشتري ما بدله من أنواع الاعيان لانه أصل التجارة (ولو باع أو اشتري بالغبن اليسير فهو جاز) لتعذر الاحتراز عنه (وكذا بالفاحش عند أبي حنيفة رحمه الله خلافا لهما) هما يقولان ان البيع بالفاحش منه بمنزلة التبرع حتى اعتبر من المريض من ثلث ماله فلا ينتظمه الاذن كالأهبة وله أنه تجارة والعبد متصرف بأهلية نفسه فصار كالحري وعلى هذا الخلاف الصبي المأذون (ولو حان في مرض موته يعتبر من جميع ماله اذا لم يكن عليه دين وان كان فجميع ما بقي) لان الاقتصاري في الحر على الثلث لحق الورثة ولا وارث للعبد وان كان الدين محيطا بما في يده يقال للشئ أدب جميع المحاباة والا فاردد البيع كما في الحر كأنه فهم المخالفة بين ما ذكره صاحب الهداية وغيره وبين ما ذكره قاضيان في فتاواه وليس الأمر كما فهمه اذا الظاهر أن مراد الامام قاضيان أن سكوت المالك فيما اذا رأى عبده يبيع عبدا من أعيان ماله لا يصير اذا في حق ذلك التصرف الذي صادفه السكوت لا في حق سائر تصرفات ذلك العبد في باب التجارة مطلقا ويرشد اليه قوله وكذا المرئى اذا رأى الراهن يبيع الرهن فسكت لا يبطل الرهن فان المراد هناك عدم صحة التصرف الذي صادفه السكوت بل ريب ولا دلالة في كلام صاحب الهداية وغيره على كون السكوت اذا في حق التصرف الذي صادفه السكوت فيما اذا باع عبدا مملوكا للمولى بغير رضاه بل خلافا لمصرح به في أكثر الشروح وعامة المعنيات قال في البدائع وأما الاذن بطريق الدلالة فهو أن يرى عبده يبيع ويشترى فلا ينهيه فيصير مأذونا في التجارة عندنا لا في البيع الذي صادفه السكوت وأما في الشراء فيصير مأذونا وعند زفر والشافعي رحمه الله لا يصير مأذونا اه وقال في المحيط البرهاني قال محمد رحمه الله في الأصل اذا نظر الرجل الى عبده وهو يبيع ويشترى ولم ينه عنه ذلك يصير العبد مأذونا في التجارة عند علمائنا الثلاثة واذا رأى عبده يبيع عبدا من أعيان ماله فسكت يصير مأذونا في التجارة ولكن لا يجوز بيعه مال المولى قال محمد رحمه الله وهذا بمنزلة ما لو رأى المولى عبده المسلم يشتري شيئا بالحر والخير يرفسكت يصير العبد مأذونا في التجارة وان كان لا يجوز هذا الشراء كذا ههنا اه فكيف يجوز حمل كلام قاضيان في فتاواه على خلاف ما نص عليه محمد رحمه الله في الأصل بقوله واذا رأى عبده يبيع عبدا من أعيان ماله فسكت يصير مأذونا في التجارة فالوجه أن يحمل على مضمون قوله ولكن لا يجوز بيعه مال المولى كما بيناه (قوله لان كل من رآه يظنه مأذونا له فيها فاعده فيتضرر به لو لم يكن مأذونا له ولو لم يكن المولى راضيا به لنعده دفعا للضرر عنهم) قال صاحب العناية في تفصيل هذا

المأذون لما مر أنه لا يرجع ما يلحقه من العهدة على أحد فكان البيع والشراء في حقه سواء (وعلى هذا الخلاف التعليل الصبي) اذا أذن له أبوه في التجارة يجوز أن يبيع ويشتري بالغبن اليسير بالاتفاق وبالفاحش عند أبي حنيفة (ولو حان العبد المأذون في مرض موته اعتبر محاباته من جميع المال اذا لم يكن عليه دين) فينفذ وان زادت على الثلث (وان كان) عليه دين (فن جميع ما بقي) يعني يؤدي دينه أولا فالباقى بعد قضاء الدين يكون كله محاباة (لان الاقتصاري في الحر على الثلث لحق الورثة ولا وارث للعبد) لا يقال المولى وارث لانه رضى بالاذن بسقوط حقه ولهذا الواسط الوارث حقه في الثلثين لئلا يتصرف المريض في الكل (وان كان الدين محيطا بما له) تبطل المحاباة (يقال للشئ أدب جميع المحاباة والا فاردد البيع كما في الحر)

يعني اذا جازى في مرض موته (ولما اذن ان يجعل نفسه رب السلم والمسلم اليه ويوكل بالبيع والشراء لان كل ذلك من صنيع التجار وهو لا يتفرغ بنفسه) فجاز الاستعانة بغيره (ويجوز له ان يرهن ويرهن لانهما ايقاف واستيفاء وهما من توابع التجارة وعلك ان يتقبل الارض) أي يستأجرها (ويستأجر الأجر والبيوت لان كل ذلك من صنيع التجار ويأخذ الارض مزارعة لان فيه تحصيل الربح) لانه ان كان البذر من قبله فهو مستأجر للارض ببعض الخارج وذلك انفع من الاستئجار (٣٣٧) بالدرهم لانه اذا لم يحصل خارج لا يلزمه

شي بخلاف الاستئجار بالدرهم وان كان البذر من قبل صاحب الارض فهو أجرة نفسه من رب الارض لعمل الزراعة ببعض الخارج ولو أجرة نفسه بالدرهم جاز كما ينبغي فكذا هذا (وله ان يشتري طعاما فيزرعه في أرضه لانه يقصده الربح قال صلى الله عليه وسلم الزارع يتأجر به وله ان يشارك شركة عنان) وليس له ان يشارك شركة مفاوضة لانها تنعقد على الوكالة والكفالة ولا تدخل تحت الاذن فلو فعل ذلك كانت عنانا لان في المفاوضة عنانا وزيادة فصحت بقدر ما يملكه المأذون وهو الوكيل (ويدفع المال مضاربة ويأخذها لانه من عادة التجار وله ان يؤاجر نفسه عندنا خلافا للشافعي رحمه الله) في أحد قوله (لانه لا يملك العقد على نفسه) لكونه نائباً عن مولاه في التصرف في كسبه ألا ترى أنه لا يملك بيع نفسه ولا رهنه بالدين عليه (فكذا على منافعها لانها تابعة لها ولنا أن نفسه

(وله ان يسلم ويتقبل السلم) لانه تجارة (وله ان يوكل بالبيع والشراء) لانه قد لا يتفرغ بنفسه قال (ويرهن ويرهن) لانهم من توابع التجارة فانه ايقاف واستيفاء (وعلك ان يتقبل الارض ويستأجر الأجر والبيوت) لان كل ذلك من صنيع التجار (ويأخذ الارض مزارعة) لان فيه تحصيل الربح (ويشترى طعاما فيزرعه في أرضه) لانه يقصده الربح قال عليه الصلاة والسلام الزارع يتأجر به (وله ان يشارك شركة عنان ويدفع المال مضاربة ويأخذها) لانه من عادة التجار (وله ان يؤاجر نفسه عندنا) خلافا للشافعي وهو يقول لا يملك العقد على نفسه فكذا على منافعها لانها تابعة لها ولنا ان نفسه رأس ماله فيملك التصرف فيه الا اذا كان يتضمن ابطال الاذن كالبيع لانه ينحصر به والرهن لانه يحبس به فلا يحصل مقصود المولى أما الاجارة فلا ينحصر به ويحصل به المقصود وهو الربح فيملكه

التعليل وقلنا جعل سكوته حجة لانه موضع بيان اذا الناس يعاملون العبد حين علمهم بسكوت المولى ومعاملتهم قد تنفص الى حقوق ديون عليه واذا لم يكن ما ذونا تناخر المطالبة الى ما بعد العتق وقد يعتق وقد لا يعتق وفي ذلك اضرار بالسلمين بانواع حقهم ولا اضرار في الاسلام وليس للمولى فيه ضرر متحقق لان الدين قد يلحقه وقد لا يلحقه فكان موضع بيان أنه راض به أولا والسكوت في موضع الحاجة الى البيان بيان اه واعترض بعض الفضلاء من جانب الخصم على قوله والناس يعاملون العبد حين علمهم بسكوت المولى حيث قال له ما ان يقول ذلك لحاجة العامل حيث اغتر بجرد السكوت ولم يسأل من المولى ولذلك نظائر اه (أقول) ليس هذا بوارد لان العامل لا يفتقر بجرد السكوت بل يعتمد على ما جرى عليه العرف من أن من لا يرضى يتصرف عبده بنيه عنه ويؤديه عليه وقد صرح به في الكافي وغيره حيث قالوا ولنا ان العادة جرت بأن من لا يرضى يتصرف عبده بنيه عنه ويؤديه عليه فاذ لم يشه علم أنه راض فجعل سكوته اذا دلالة دفع الغرور عن الناس فانهم يعتقدون ذلك اطلاقا منه فيسابعونه جلالا لعله على ما يقتضيه الشرع والعرف كما في سكوت النبي عليه الصلاة والسلام عند أمره بعاينته عن التغيير وسكوت البكر وسكوت الشفيع اه فبعد ذلك كيف يحتاج العامل الى السؤال من المولى وكيف يحمل العاقل عدم سؤاله على حاجته ولا تكون النظائر لما علمه دون خلافه * ثم أقول ببقئ شيء في تقرير صاحب العناية وهو أنه جعل ضرر المولى غير معتبر لكونه غير متحقق بناء على أن الدين قد يلحقه وقد لا يلحقه وجعل ضرر المسلمين معتبرا مع أنه أيضا غير متحقق بناء على أن الديون قد تلحقه وقد لا تلحقه فما الفرق والرجحان لا بد من البيان ثم قال في العناية فان قيل عين ذلك التصرف الذي رآه من البيع غير صحيح فكيف يصح غيره وكذا اذا رأى أجنبيا يبيع من ماله وسكت لم يكن اذا والمرهن اذا رأى الراهن يبيع الرهن وسكت لم يكن اذا واذا رأى رقيقه تزوج نفسه وسكت لم يكن اذا فما الفرق أجيب بأن الضرر في التصرف الذي رآه متحقق بازالة ملكه عما يبيعه في الحال فلا يثبت بالسكوت وليس في ثبوت الاذن في غيره ذلك لما قلنا ان الدين قد يلحقه وقد لا يلحقه

(٤٣ - تكمله سابع) رأس ماله لان المولى اذن له بالاكتساب ولم يدفع اليه مالا (وما هو رأس المال المأذون له بالاكتساب) علك التصرف فيه ضرورة والمأذون علك التصرف في نفسه والتصرف فيها ما أن يكون من حيث ذاتها بالبيع والهبة والرهن أو من حيث منافعها لا جاز أن يكون من حيث ذاتها لئلا يعود على موضوعه بالنقض فانه ما اذن له الا للربح فلو جازنا التصرف من حيث الذات أفضى الى عدم الربح فما فرضنا للربح لم يكن للربح هذا خلف باطل فتعين أن يكون من حيث المنافع وهو المقصود

قال (فان أذن له في نوع منها دون غيره فهو مأذون في جميعها) وقال زفر والشافعي لا يكون مأذونا إلا في ذلك النوع وعلى هذا الخلاف إذا انهاء عن التصرف في نوع آخر لهما أن الأذن توكيل وانابة من المولى لأنه يستفيد الولاية من جهة وثبت الحكم وهو الملك له دون العبد ولهذا علة تجزئ فيخصص بما خصه به كالمضارب ولنا أنه إسقاط الحق وفك الحجر على ما بيناه وعند ذلك تظهر مالكية العبد فلا يخصص بنوع دون نوع

قال (فان أذن له في نوع منها دون غيره) قد تقدم أن الأذن عندنا فك الحجر وإسقاط الحق وعند زفر والشافعي رجحنا الله أنه توكيل وانابة وعلى ذلك تنبئ هذه المسئلة وهي أنه إذا أذن له في نوع من التجارة كالبر مثلا دون غيره (كان مأذونا في جميع أنواعها عندنا وعندهما في ذلك النوع خاصة وكذا لو كان أذن له إذا عاها ثم نهاه عن نوع فالأذن توكيل وانابة من المولى لأنه يستفيد الولاية من جهته والملك وهو الحكم ثبت له) أي للمولى (دون العبد ولهذا علة تجزئ فيخصص الأذن بما خصه به كالمضارب) إذا قال له رب المال اعمل مضاربة في البر مثلا (ولنا أن الأذن بإسقاط الحق وفك الحجر على ما بيناه) في أول كتاب المأذون (وعند ذلك تظهر مالكية العبد فلا يخصص بنوع دون نوع) لكون التخصيص

ولا يلزم من كون السكوت أذنا بالنظر إلى ضرر متوهم كونه أذنا بالنظر إلى متحقق وهو الجواب عن بيع الأجنبي ماله وفي الرهن لم يصير سكوتة أذنا لان جعله أذنا يبطل ملك المرتهن عن اليد وقد لا يصل إلى يده من محل آخر فكان في ذلك ضرر متحقق لا يقال الراهن أيضا يتضرر ببطء لان ملكه عن الثمن فترجى ضرر المرتهن تحكم لان بطلان ملكه عن الثمن موقوف لان بيع الموهون موقوف على ظاهر الرواية وبطلان ملك المرتهن عن اليد بات فكان أقوى وأما الرقيق عبدا كان أو أمة إذا زوج نفسه فانما لم يصير السكوت فيه أذنا قال بعض الشارحين ناقلا عن مبسوط شيخ الاسلام لان السكوت انما يصير أذنا وإجازة دفعا للضرر ولا ضرر على أحد في نكاح العبد والامة لان النكاح يكون موقوفا لان نكاح المملوك للمولى لمسايقه من اصلاح ملكه ومنافع وضع المملوكة كذلك وليس لأحد ابطال ملكه بغير رضاه فكان موقوفا أو ممكن فسخه فلا يتضرر به أحد وقيل فيه نظر لانه لا كلام في أن نكاح الرقيق موقوف على اذن المولى وإجازته وانما هو في أن سكوتة إجازة أولا ولعل الصواب أن يقال ان في ذلك ضررا محققا لا يولى فلا يكون السكوت أذنا الى هنا لفظ العناية وقال بعض الفضلاء وعندى ان النظر غير وارد لان كون السكوت أذنا كان لأجل دفع الضرر بحيث لا ضرر يبقى على القياس ولا يجعل أذنا اه (أقول) كأنه لم يفهم مراد من أورد النظر اذا لا كلام في أن كون السكوت أذنا كان لأجل دفع الضرر وانما هو في أن نكاح الرقيق هل في نفسه ضرر أم لا اذا شك أنه موقوف على اذن المولى فان كان سكوتة أذنا فتحقق الضرر فيه والافلاحيات احتمل أن يكون سكوتة أذنا في صورة تزويج الرقيق نفسه لم يفد كون نكاحه موقوفا على اذنه عدم ثبوت الضرر فيها وان بنى عدم ثبوت الضرر فيها على عدم كون سكوتة فيها أذنا لزم المصادرة اذ هو أول الكلام الذي طواب الفرق بينه وبين ما نحن فيه في أصل السؤال وهذا هو المراد بعبارة في النظر وانما هو في أن سكوتة إجازة أولا تأمل تقف (قوله وعلى هذا الخلاف إذا انهاء عن التصرف في نوع آخر) يعني إذا انهاء عن التصرف في نوع آخر من التجارة بعد أن أذن له في نوع مخصوص ومنها فالخلاف فيه كالخلاف فيما اذا سكنت عن النهي عن التصرف في نوع آخر منها بعد أن أذن له في نوع مخصوص منها والحاصل أنه سواء نهى عن غير ذلك النوع أو سكنت عنه يكون مأذونا في جميع التجارات خلافا لزفر والشافعي كما ذكر في الايضاح ونقل عنه في النهاية ومعراج الدراية قال صاحب العناية في هذا المقام وكذا لو كان أذن له إذا عاها ثم نهاه عن نوع اه (أقول) هذا الشرح لا يطابق المشروح اذا المراد به ما قررناه أن نقايد عليه لفظ آخر في قول المصنف إذا انهاء عن التصرف في نوع آخر وبأي ذلك ما قاله صاحب العناية قطعاً كيف ومسئلة الأذن العام قد مررت مع متفرعاتها في الصحيفة الاولى ونحن الآن بصدد بيان مسئلة الأذن في نوع خاص فلا معنى لخلط حديث الأذن العام هنا كما لا يخفى (قوله ولنا أنه إسقاط الحق وفك الحجر على ما بيناه) وعند ذلك تظهر مالكية العبد فلا يخصص بنوع دون نوع) أقول لقائل أن يقول ان أريد أنه إسقاط الحق بجملة وفك الحجر بدمته فهو ممنوع كيف ولو كان كذلك لصح هبته واقرضه ونحوه مامن التبرعات وليس كذلك قطعاً كما ساقى في الكتاب وان أريد أنه إسقاط الحق وفك الحجر في بعض التصرفات فهو مسلم لكن لا يثبت به المدعى اذا يلزم منه إسقاطه وفك في جميع

انذاك تصرف في ملك الغير وهو لا يجوز وفوق بالاذن في السكاح فانه فلان الحجر واسقاط الحق واذا اذن للعبد أن يتزوج فلانه ليس له أن يتزوج غيرها وأجيب بأن الاذن فيه تصرف في ملك نفسه لا في ملك الغير لان السكاح تصرف مملوك للولي لانه لا يجوز الا بولي والرق أخرجه العبد من أهلية الولاية على نفسه فكانت الولاية للولي وله هذا جاز أن يجيره عليه فكان العبد كالوكيل والنائب عن مولاه فيخصص بما خصه به من التصرف فان قيل قد تقدم أن الضرر باللاحق بالولي يمنع الاذن وقد يتضرر المولى بغير ما خصه به من التصرف لجواز أن يكون العبد عالما بالتجارة في البزود الخ أجيب بأنه ضرر غير متحقق ولئن كان فله مدفع وهو التوكيل به على أن جواز التصرف بالغبن الفاحش عند أبي حنيفة رضي الله عنه يدفع ذلك وبالجملة اذا ثبت بالدليل أنه يتصرف بأهليته ومالكه فليس السؤال واردا (قوله بخلاف الوكيل) يجوز أن يكون جوابا عن قوله كالضارب لان المضارب وكيل والوكيل يستفيد الولاية من جهته لانه يتصرف في مال غيره وقوله (وحكم التصرف) جواب لقوله وينت الحكم للولي وهو مما عاين بالسند أي لانسلم أن حكم التصرف وهو الملك واقع للولي بل هو واقع للعبد حتى كان له أن يصرفه الى قضاء الدين والتفقه بغير اذن المولى وما استغنى عنه بخلافه المالك فيه وموضعه أصول الفقه قال (وان اذن له في شيء بعينه) اذا اذن المولى في شيء بعينه مثل أن يقول (٣٣٩) اشتر هذه الثوب بعينه أو ثوبا بالكسوة

بخلاف الوكيل لانه يتصرف في مال غيره فتثبت له الولاية من جهته وحكم التصرف وهو الملك واقع للعبد حتى كان له أن يصرفه الى قضاء الدين والتفقه وما استغنى عنه بخلافه المالك فيه قال (وان اذن له في شيء بعينه فليس بماذن) لانه استخدام ومعناه أن يأمره بشراء ثوب معين بالكسوة أو طعام رزقا لاهله وهذا لانه لو صار مأذونا بنسده عليه باب الاستخدام بخلاف ما اذا قال اذني الغلة كل شهر كذا أو قال اذني ألفا وانت حر لانه طلب منه المال ولا يحصل الا بالكسب أو قال له اقصد صباغا أو قصار الا أنه اذن بشرا مالا يلبه منه وهو نوع فيصير مأذونا في الأنواع

التصرفات حتى يلزم أن يكون مأذونا له في جميعها كما هو المدعى فان قلت المراد أنه اسقاط الحق وفك الحجر في بعض معين من التصرفات وهو جنس التجارة المدعى كونه مأذونا له في جميع أنواع هذا الجنس لا في جميع أنواع أجناس التصرفات فلا مرد للنقض بالسرعات ولا عدم ثبوت المدعى قلت فلنأخذ أن يقول أن أريد بقوله فلا يتخصص بنوع دون نوع أنه لا يتخصص بذلك اذا أطلقه ولم يقيد بنوع فهو مسلم لكن لا يجدي طائلا لان ما نحن فيه صورة التقييد وان أريد بذلك أنه لا يتخصص بنوع دون نوع وان قيد بذلك فهو ممنوع كيف ولا يتوقف تمامه على أول المسئلة وهو أن يكون الاذن في نوع من التجارة اذنا في جميعها فيسوي الى المصادرة على المطلوب فان قلت على صاحب العناية قول المصنف فلا يتخصص بنوع دون نوع بقوله ليكون التخصيص اذنا تصرف في ملك الغير وهو لا يجوز اه فلا مصادرة على المطلوب قلت ذلك التعليل ليس بنام اذنا قلنا أيضا أن يقول انما يكون التخصيص تصرف في ملك الغير أن لو أطلق الاذن أولا فيتحقق اسقاط الحق وفك الحجر على الاطلاق وظهر مالكية العبد في التجارات مطلقاتم خصه بنوع منها ما نحن فيه ليس كذلك

أو طعاما رزقا لاهله لم يكن مأذونا وهذا يفيد أن التخصيص قد يكون مقبدا اذا كان المراد به الاستخدام لانه لو جعل ذلك اذنا لانسد باب الاستخدام لافضائه الى أن من أمر عبده بشراء بقل بفلسين كان مأذونا يصح اقراره بدون تستغرق رقبته ويؤخذ به في الحال فلا يستجري أحد على استخدام عبده فيما اشتدت اليه حاجته لأن غالب استعمال العبد في شراء الاشياء الحقيرة فلا بد من حد فاصل بين الاستخدام والاذن بالتجارة وهو أنه ان اذن يتصرف

يشكر رصم يخامش أن يقول اشتر لي ثوبا أو قال بعه أو قال بعه هذا الثوب واشتر بثمانه أو دلالة كما اذا قال اذني الغلة كل شهر أو اذني ألفا وانت حر فانه طلب منه المال وهو لا يحصل الا بالتكسب فهو دلالة التكرار أو قال اقصد صباغا أو قصار الا أنه اذن بشرا مالا يلبه منه دلالة وهو نوع من الأنواع يشكر يشكر العمل المذكور كان ذلك اذنا وان اذن يتصرف بغير مكر كطعام أهله وكسوتهم لا يكون اذنا وفوق عما اذا غصب العبد متاعا وأمر بمولاه يبيعه فانه اذن في التجارة وليس الامر بعقد مكرر والجواب أنه أمر بالعقد المكرر دلالة وذلك لان تخصيصه يبيع المصوب باطل لعدم ولايته عليه والاذن قد صدر منه صريحاً فاذا بطل التقييد ظهر الاطلاق وكلام المصنف رحمه الله يشير الى أن الفاصل هو التصرف النوعي والشخصي والاذن بالاول دون الثاني فتأمل

(قوله اذنا تصرف في ملك الغير وهو لا يجوز) أقول لا يقال فينبغي أن لا يجوز الحجر بعد الاذن لان التصرف في ملك الغير انما يكون اذا كان للغير ملك وفي الحجر بعد الاذن ليس كذلك تأمل (قوله وأجيب بأن الاذن فيه تصرف الخ) أقول يعني لانسلم أنه فك الحجر واسقاط الاذن بل هو توكيل وانابة (قوله فليس السؤال واردا) أقول السؤال معارضة فنام تظهر قوة هذا الدليل لا يدفع السؤال (قوله لعدم ولايته عليه) أقول فلا يمكن حمله على الاستخدام اذ لا ماله فيه

قال (واقرار المأذون بالديون والغصب جائز) اقرار المأذون له بالديون والغصب والودائع جائز (لان الاقرار به من توابع التجارة) أما بالديون والودائع فظاهر فان البائع قد لا يقبض الثمن فيكون ديناً أو يقبض فيودع عنده وأما بالغصب فلا ان الغصب يوجب الملك عند أداء الضمان فالضمان الواجب به من جنس التجارة ومن ملك التجارة ملك توابعها لانه لو لم يملكها لادى ذلك الى انتفاء التجارة فان الناس اذا علموا أن اقرارهم غير صحيح اجتنبوا عن مباحته ومعاملته (ولا فرق في صحته بين ما اذا كان عليه دين أو لم يكن اذا كان الاقرار في صحته فان كان في مرضه يقدم دين الصحة كما في الحر) والجامع تعلق حق الغرماء بما في أيديهم ما من المال والكسب (بخلاف الاقرار بما ليس من توابع التجارة) كما لو أقر أنه وطئ جارية هذا الرجل بنكاح بغير إذن مولاه فاقضها فانه لم يصدق فيه (لانه كالحجور في حقه) وكذا لو أقر بجناية على حر أو عبد أو مهر وحب عليه بنكاح صحيح أو فاسد أو شبهة فاقراره باطل ولا يؤاخذ به حتى يعتق لان فلان الحر انما يظهر في حق التجارة فماليس من باب التجارة لم يظهر في حقه فكان اقراره كقرار المحجور قال (وليس للمأذون أن يتزوج لانه ليس بتجارة قال ولا يزوج بماليك) لذلك (وجوز أبو يوسف رحمه الله تزويج الاماء لانه تحصيل المال) وهو المقصود بالاذن (فكان كالاجارة وقال الاذن تضمن التجارة وهذا ليس بتجارة) ومعناه سلمنا أن الاذن لتحصيل المال لكن لا مطلقاً بل على وجه يكون من صنيع التجار وانكاح الامه ليس من ذلك وقوله (ولهذا لا يملك تزويج العبد) توضيح ليس بواضح لعرائه عن تحصيل المال بالكلية بل فيه تعيب العبد وشغل رقبته بالمهر بلا منفعة (قوله وعلى هذا الخلاف الصبي المأذون والمضارب والشريك شركه عنان والآب والوصي) يعني أن هؤلاء لا يملكون تزويج العبد بالاتفاق ولا تزويج الامه عندهم اخلافاً لا بي يوسف رحمه الله قال في النهاية (٣٤٠)

في هذه الرواية تظن لانه ذكر قبل هذا في كتاب المكاتب من هذا الكتاب أن لها معنى الاب والوصي أن يزوج أمة الصغير بلا خلاف حيث جعل الاب والوصي هناك في رقيق الصغير بمنزلة المكاتب وللمكاتب أن يزوج أمة لانه ككتاب لاستفادته المهر قال وما ذكره في المكاتب أصح لانه موافق لعامة الروايات من

قال (واقرار المأذون بالديون والغصب جائز وكذا بالودائع) لان الاقرار من توابع التجارة اذ لو لم يصح لاجتنب الناس مباحته ومعاملته ولا فرق بين ما اذا كان عليه دين أو لم يكن اذا كان الاقرار في صحته فان كان في مرضه يقدم دين الصحة كما في الحر بخلاف الاقرار بما يجب من المال بسبب التجارة لانه كالحجور في حقه قال (وليس له أن يتزوج) لانه ليس بتجارة قال (ولا يزوج بماليك) وقال أبو يوسف يزوج الامه لانه تحصيل المال بمنافعتها شبه اجازتها ولها ما أن الاذن يتضمن التجارة وهذا ليس بتجارة ولهذا لا يملك تزويج العبد وعلى هذا الخلاف الصبي المأذون والمضارب والشريك شركة عنان والآب والوصي قال (ولا يكتاب) لانه ليس بتجارة اذ هي مبادلة المال بالمال والبدل فيه مقابل بفك الحجر فلم يكن تجارة (الآن يحيزه المولى ولادين عليه) لان المولى قد ملكه ويصير العبد نائباً عنه وترجع الحقوق الى المولى لان الوكيل في الكتابة سفير

اذا الكلام فيما اذا قسده أو لا فقال اذنت لك في هذا النوع فقط ولا شك أن مثل هذا الكلام كلام واحد ليس لأوله حكم مستقل ولا آخره الذي هو قيد حكم آخر بل للجموع حكم واحد يتم أوله

رواية المبسوط والتممة ومختصر الكافي وأحكام الصغار وقال بعض الشارحين يحمل على أن في المسئلة واثنين بآخره قال (ولا يكتاب لانه ليس بتجارة) ولا يجوز للمأذون أن يكتاب لانه يتضمن التجارة وهذا ليس بتجارة (لان التجارة مبادلة المال بالمال والبدل) وان كان مالاً (لكنه مقابل بفك الحجر) وهو ليس بمال (فلم يكن تجارة إلا أن يحيزه المولى ولادين عليه) لان هذا عقده محيز حال وقوعه فيتوقف على الاجازة فتكون الاجازة في الانتهاء كالاذن في الابتداء وبيانها قاله (لان المولى قد ملكه) لان كسب العبد المأذون خالص ملك المولى والمولى يملك فيه مباشرة الكتابة فيملك الاجازة (ويصير العبد نائباً عن المولى وترجع الحقوق) وهي مطالبة بل الكتابة والفسخ عند العجز وثبوت الولاء بعد العتق (الى المولى لان الوكيل في الكتابة سفير) لكونها اسقاطاً فكان قبض البدل الى من نفذ العتق من جهته ولقائل أن يقول الوكيل سواء كان سفيراً أو لا اذ عقد العقد لا يحتاج الى اجازة وهما ليس كذلك ويمكن أن يجاب عنه بانسب الوكيل بطريق الانقلاب وانما قال ولادين عليه لانه لو كان عليه دين قليلاً كان أو كثيراً بطلت كتابته وان اجازة المولى لان المولى بالاجازة يخرج المكاتب من أن يكون كسباً للعبد وقيام الدين يمنع المولى من ذلك قل الدين أو أكثر

(قوله لانه لو كان عليه دين قليلاً كان أو كثيراً) أقول قال الامام العلامة الزبيلى وهذا مشكل فان الدين اذا لم يكن مستغرقاً لرقبته ولم يفي يده لا يمنع الدخول في ملك المولى باجماع أصحابنا حتى جاز للمولى عتق ما في يده فكيف تصور هذه المسئلة على قول من باني هذا وانما الخلاف في المستغرق فعند أبي حنيفة يمنع من دخوله في ملك المولى وعندهما لا يمنع اه (قوله قل الدين أو أكثر) أقول فيه بحث

(ولا يعتق على مال لانه لا يملك الكتابة) والمكاتب عبد ما بقي عليه درهم (فالاعتاق أولى) وهذا اذا لم يجز المولى فان أجاز لولدين عليه جاز لانه
 عليك انشاء العتق فملك الأجازة وقبض المال الى المولى دون العبد وكذا اذا كان عليه دين عند همالكن يضمن قيمة العبد للغرماء لانه
 لو أنشأ العتق جاز ويضمن القيمة فكذا اذا أجاز ولا سبيل للغرماء على العوض (٣٤١) لان ما يؤديه كسب الحر ولا حق

لهم في كسب الحر بخلاف
 بدل الكتابة فانه يؤدي في
 حال الرق فتعلق به حقهم
 (ولا يقرض ولا يهب بعوض
 وبغيره ولا يتصدق لان كل
 ذلك تبرع بصريحه ابتداء
 وانتهاء أو ابتداء فلا يدخل
 تحت الاذن بالتجارة الا أن
 يهدي السير من الطعام
 أو يضيف ضيافة يسيرة
 وقوله من الطعام يشير
 الى أن اهداء غير المأكولات
 لا يجوز أصلاً والاهداء
 السير راجع الى الضيافة
 اليسيرة والضيافة اليسيرة
 معتبرة بمال تجارته قال
 محمد بن سلمة رحمه الله ان
 كان مال تجارته مثلاً عشرة
 آلاف درهم فالتخذ ضيافة
 بمقدار عشرة كان يسيراً
 وان كان مال تجارته عشرة
 دراهم مثلاً فالتخذ ضيافة
 بمقدار اثنى فذلك يكون
 كثيراً عراً فالهدية
 بالمأكول كالضيافة به
 والقياس أن لا يصح شيء
 من ذلك لانه تبرع لكن
 تركناه في السير لانه من
 ضرورات المجاهرين والمجاهرين
 هو العتق من الصارف كانه
 أريد المجاهر وهو الذي يبعث

قال (ولا يعتق على مال) لانه لا يملك الكتابة فالاعتاق أولى (ولا يقرض) لانه تبرع محض كالهبنة
 (ولا يهب بعوض ولا بغير عوض وكذا لا يتصدق) لان كل ذلك تبرع بصريحه ابتداء وانتهاء أو ابتداء
 فلا يدخل تحت الاذن بالتجارة قال (الا أن يهدي السير من الطعام أو يضيف من طعامه) لانه من
 ضرورات التجارة استجلاً بالقلوب المجاهرين بخلاف المحجور عليه لانه لا إذن له أصلاً فكيف يثبت ما هو
 من ضروراته وعن أبي يوسف أن المحجور عليه اذا أعطاه المولى قوت يومه فسد بعض رفقائه على
 ذلك الطعام فلا بأس به بخلاف ما اذا أعطاه قوت شهر لانهم لو أكلوه قبل الشهر بتضرره المولى قالوا ولا
 بأس للمرأة أن تتصدق من منزل زوجها بالشيء اليسير كالرغيف ونحوه لان ذلك غير ممنوع عنه في
 العادة قال (وله أن يحيط من الثمن بالعيب مثل ما يحيط التجار) لانه من صنيعهم وربما يكون الحط أنظره
 من قبول العيب ابتداء بخلاف ما اذا حط من غير عيب لانه تبرع محض بعد تمام العقد فليس من
 صنيع التجار ولا كذلك المحاباة في الابتداء لانه قد يحتاج اليها على ما بيناه (وله أن يؤجل في دين وجب له)
 لانه من عادة التجار قال (ودونه متعلقة برقبته يباع للغرماء

بأنه ممنوع من أن يلزم التصرف في ملك الغير تأمل جداً ثم قال صاحب العناية ونوفس بالاذن في النكاح
 فانه فك الحرج واسقاط الحق واذا أذن للعبد أن يتزوج فلانه ليس له أن يتزوج غيرها وأجيب بأن
 الاذن فيه تصرف في ملك نفسه لا في ملك الغير لان النكاح تصرف بملوك المولى لانه لا يجوز الاذن في الرق
 أخرج العبد من أهلية الولاية على نفسه فكانت الولاية للمولى ولهذا جاز أن يجبر عليه فكان العبد
 كالوكيل والنائب عن مولاه فيتخصص بما خصه به من التصرف فان قيل قد تقدم أن الضرر اللاحق
 بالمولى يمنع الاذن وقد يتضرر المولى بغير ما خصه به من التصرف لجواز أن يكون العبد عالماً بالتجارة
 في البزود الخ أجب بأنه ضرر غير متحقق ولئن كان فله مدفع وهو التوكيل به على أن جواز التصرف
 بالغبن الفاحش عند أبي حنيفة يدفع ذلك وبالجملة اذا ثبت بالدليل أنه يتصرف بأهليته ومالكيته
 فليس السؤال واردا الى هنا كلامه (أقول) ان قوله وبالجملة الخ ليس بشئ أما أولاً فلأن حاصل
 السؤال أنه قد يلحق الضرر بالمولى عند تصرف العبد بغير ما خصه به فينبغي أن لا يجوز ولا ينبغي أن يثبت
 كون العبد متمسكاً بأهليته ومالكيته لا يدفع ويرود ذلك لذللك أن المتصرف بأهليته ومالكيته
 لا يملك الاضرار بالغير اذا اضرار في الاسلام وأما ثانياً فلأنه يرد السؤال بطريق المعارضة على ما ثبت
 بالدليل لا محالة ولا يلزم أن يفسد باب المعارضة بالكيفية لانها إقامة الدليل على خلاف ما أقام عليه
 الخصم الدليل مع أنها طريق مقبول لم ينكره أحد ولا شك أن السؤال المزور معارضة فالوجه
 في الجواب عنه ما ذكره في أوائل جوابه دون قوله هذا (قوله ودونه متعلقة برقبته يباع للغرماء) أي
 يبيعه القاضى لدين الغرماء بغير رضا المولى فان قيل ما وجه البيع على قول أبي حنيفة وهو
 لا يرى الحجر على الحر العاقل بسبب الدين ويبع القاضى العبد بغير رضا مولاه حجر عليه أجيب بأن ذلك
 ليس بحجر عليه لانه كان قبل ذلك محجوراً عن بيعه اذ لا يجوز للمولى بيع العبد المدين بغير رضا الغرماء
 وحجر المحجور غير متصور فكان كالتركة المستغرقة بالدين في جواز أن يبيعها القاضى على الورثة ان

التجار بالجهاز وهو فاخر المتاع أو يسافر به خرف الى المجاهر كذا في المغرب وباقى كلامه ظاهر قال (ودونه متعلقة برقبته) اذا وجب
 دين على المأذون بالتجارة أو بما هو في معناها فان كان له كسب يبيع دينه بالاجماع وان لم يكن له كسب وتعلقت برقبته (يبيع للغرماء

(قوله بخلاف بدل الكتابة فانه يؤدي الخ) أقول فيه نوع تأمل فانه اذا كان مدين بالانحياز الكتابة الا أن يكون ارتكاب الدين بعد
 الكتابة وفيه وجه آخر فتدبر

حاصلا لا تفويت مال حاصل وذلك أى غرض المولى حاصل فى تعلق الدين بكسبه حتى اذا فضل شئ منه عن الدين يحصل له لا بالرقبة بخلاف دين الاستهلاك لانه نوع جناية واستهلاك الرقبة بالجناية لا يتعلق بالاذن ولنا أن الواجب فى ذمة العبد ظهور وجوبه فى حق المولى فيتعلق برقبته استيقا كدين الاستهلاك والجامع دفع الضرر عن الناس وهذا لان سببه التجارة وهى داخله تحت الاذن

امتنعوا عن قضاء الدين فانه لا يعد حرج الكونهم محجورين عن بيعها قبل ذلك بغير رضا الغرماء كذا فى العناية وعامة الشروح وعزاه فى النهاية ومعراج الدراية الى الذخيرة (أقول) فى الجواب نظر لانه لا يحسم مادة الاشكال اذ سائل أن يعيد الكلام الى كونه محجورا عن بيعه قبل ذلك فانه يقتضى الحجر على الحجر العاقل بسبب الدين فيشكل على أصل أبي حنيفة ثم ان الفرق بينه وبين التركة المستغرقة بالدين ظاهر اذ لا يثبت الملك للورثة فى التركة المستغرقة بالدين لان حق الغريم يقدم على حق الوارث ولهذا اذا اعتق الورثة عبيدا من التركة المستغرقة بالدين لا ينفذ اعتاقهم بخلاف العبد المأذون له فان ملك المولى فيه باق ولهذا ينفذ اعتاقه اياه وسياق ذلك كله فى الكتاب فبسبب كون الورثة محجورين عن بيع التركة المستغرقة بالدين انما هو عدم كونها مملوكة لهم فلا ينتقض به أصل أبي حنيفة وهو أن لا يرى الحجر بسبب الدين وأما كون المولى محجورا عن بيع عبده المأذون له فلا سببه سوى الدين فيلزم أن ينتقض به أصله كما لا يخفى فتأمل (قوله الآن بفديه المولى) قال صاحب العناية وقوله الآن بفديه المولى إشارة الى أن البيع انما يجوز اذا كان المولى حاضرا لان اختيار الفداء من الغائب غير متصور اه (أقول) فيه بحث لان قوله الآن بفديه المولى انما يشير الى أن عدم جواز البيع عند الفداء كما هو الحاصل من الاستثناء لانه انما يتصور اذا كان المولى حاضرا بناء على أن اختيار الفداء من الغائب غير متصور وأما أن البيع انما يجوز اذا كان المولى حاضرا فلا إشارة فى قوله المذكور اليه لان الفداء من المولى انما يتصور عند حضور المولى أو نائبه وأما عدم الفداء منه فكما يتصور عند حضور المولى أو نائبه كذلك يتصور عنده غيبته ما أيضا كما لا يخفى والبيع انما يجوز فيما اذا لم يقع الفداء من المولى كما هو الحاصل من الباقي بعد الثنابى المسئلة المذكورة فلما تصور عدم الفداء فى كل من صورتي الحضور والغيبه احتمل جواز البيع فى كل من تينك الصورتين أيضا فمن أن حصلت الإشارة الى المصارع جواز فى صورة حضور المولى نعم البيع انما يجوز اذا كان المولى حاضرا كما صرحوا به فى الشروح وعامة المعبرات حيث قالوا هذا اذا كان المولى حاضرا فأما اذا كان غائبا فانه لا يبيع العبد حتى يحضر المولى فان الخصم فى رقبة العبد هو المولى فلا يجوز البيع الا بحضوره أو بحضور نائبه بخلاف الكسب فانه يباع بالدين وان كان المولى غائبا لان الخصم فيه هو العبد اه لكن الكلام فى حصول الإشارة اليه فى قول المصنف الآن بفديه المولى كما ادعاه صاحب العناية تدبر (قوله وهذا لان سببه التجارة وهى داخله تحت الاذن) قال صاحب العناية وهذا إشارة الى دفع الضرر وبيانه أن سبب هذا الدين التجارة لانه المفروض والتجارة لانه لا يخل تحتها واذا كان فسيها داخل تحتها واذا كان ملتزما فلا يمتنع بربقته استيقا كان اضرا لان الكسب قد لا يوجد والعق كذلك فتتوى حقوق الناس ويجوز أن يكون بيانا لقوله ظهر وجوبه فى حق المولى

الآن بفديه المولى) وقال زفر والشافعي لا يباع ويباع كسبه فى دينه بالاجماع لهما أن غرض المولى من الاذن تحصيل مال لم يكن لا تفويت مال قد كان له وذلك فى تعليق الدين بكسبه حتى اذا فضل شئ منه عن الدين يحصل له لا بالرقبة بخلاف دين الاستهلاك لانه نوع جناية واستهلاك الرقبة بالجناية لا يتعلق بالاذن ولنا أن الواجب فى ذمة العبد ظهور وجوبه فى حق المولى فيتعلق برقبته استيقا كدين الاستهلاك والجامع دفع الضرر عن الناس وهذا لان سببه التجارة وهى داخله تحت الاذن

امتنعوا عن قضاء الدين فانه لا يعد حرج الكونهم محجورين عن بيعها قبل ذلك بغير رضا الغرماء كذا فى العناية وعامة الشروح وعزاه فى النهاية ومعراج الدراية الى الذخيرة (أقول) فى الجواب نظر لانه لا يحسم مادة الاشكال اذ سائل أن يعيد الكلام الى كونه محجورا عن بيعه قبل ذلك فانه يقتضى الحجر على الحجر العاقل بسبب الدين فيشكل على أصل أبي حنيفة ثم ان الفرق بينه وبين التركة المستغرقة بالدين ظاهر اذ لا يثبت الملك للورثة فى التركة المستغرقة بالدين لان حق الغريم يقدم على حق الوارث ولهذا اذا اعتق الورثة عبيدا من التركة المستغرقة بالدين لا ينفذ اعتاقهم بخلاف العبد المأذون له فان ملك المولى فيه باق ولهذا ينفذ اعتاقه اياه وسياق ذلك كله فى الكتاب فبسبب كون الورثة محجورين عن بيع التركة المستغرقة بالدين انما هو عدم كونها مملوكة لهم فلا ينتقض به أصل أبي حنيفة وهو أن لا يرى الحجر بسبب الدين وأما كون المولى محجورا عن بيع عبده المأذون له فلا سببه سوى الدين فيلزم أن ينتقض به أصله كما لا يخفى فتأمل (قوله الآن بفديه المولى) قال صاحب العناية وقوله الآن بفديه المولى إشارة الى أن البيع انما يجوز اذا كان المولى حاضرا لان اختيار الفداء من الغائب غير متصور اه (أقول) فيه بحث لان قوله الآن بفديه المولى انما يشير الى أن عدم جواز البيع عند الفداء كما هو الحاصل من الاستثناء لانه انما يتصور اذا كان المولى حاضرا بناء على أن اختيار الفداء من الغائب غير متصور وأما أن البيع انما يجوز اذا كان المولى حاضرا فلا إشارة فى قوله المذكور اليه لان الفداء من المولى انما يتصور عند حضور المولى أو نائبه وأما عدم الفداء منه فكما يتصور عند حضور المولى أو نائبه كذلك يتصور عنده غيبته ما أيضا كما لا يخفى والبيع انما يجوز فيما اذا لم يقع الفداء من المولى كما هو الحاصل من الباقي بعد الثنابى المسئلة المذكورة فلما تصور عدم الفداء فى كل من صورتي الحضور والغيبه احتمل جواز البيع فى كل من تينك الصورتين أيضا فمن أن حصلت الإشارة الى المصارع جواز فى صورة حضور المولى نعم البيع انما يجوز اذا كان المولى حاضرا كما صرحوا به فى الشروح وعامة المعبرات حيث قالوا هذا اذا كان المولى حاضرا فأما اذا كان غائبا فانه لا يبيع العبد حتى يحضر المولى فان الخصم فى رقبة العبد هو المولى فلا يجوز البيع الا بحضوره أو بحضور نائبه بخلاف الكسب فانه يباع بالدين وان كان المولى غائبا لان الخصم فيه هو العبد اه لكن الكلام فى حصول الإشارة اليه فى قول المصنف الآن بفديه المولى كما ادعاه صاحب العناية تدبر (قوله وهذا لان سببه التجارة وهى داخله تحت الاذن) قال صاحب العناية وهذا إشارة الى دفع الضرر وبيانه أن سبب هذا الدين التجارة لانه المفروض والتجارة لانه لا يخل تحتها واذا كان فسيها داخل تحتها واذا كان ملتزما فلا يمتنع بربقته استيقا كان اضرا لان الكسب قد لا يوجد والعق كذلك فتتوى حقوق الناس ويجوز أن يكون بيانا لقوله ظهر وجوبه فى حق المولى

وقوله (وتعلق الدين برقبته استيفاء) جواب عن قوله ما ان غرض المولى من الاذن تحصيل مال له الخ وبيانه ان الدين اذا تعلق برقبته استيفاء وعلم المعاملون ذلك كان ذلك حاملا على المعاملة فتسكت المعاملة معه ويزداد الربح بخلاف ما اذا لم يكن كذلك فان خوف التوى يمنعهم عن ذلك فمن هذا الوجه يصلح ان يكون غرض المولى فان قيل لا يصلح ان يكون غرض المولى لانه يتضرر به والضرر لا يكون غرضا اجاب بقوله (ويعدم الضرر في حقه بدخول المبيع في ملكه) وفيه اشكال وهو ان المبيع ان كان باقيا وفيه وفاء بالدين لا يتحقق بيع العبد وان لم يكن باقيا وكان وليس فيه وفاء بالمبيع يمكن دخوله في ملكه دافعا للضرر واجيب عنه بان المراد به مبيع قبضه المولى حين لادين على العبد ثم ركبته ديون فانه لا يجب على المولى رده ان كان باقيا ولا ضمانه ان لم يكن بل يباع العبد بالدين ان اختاره المولى ويكون المبيع جارا للمافات من العبد والظاهر ان الدين لما استغرق رقبته العبد كانت قيمة المبيع مساوية لقيمة العبد قيل وليس بواضح وذلك لانه لاتنافي بينهما ما غير انه يبدأ بالكسب في الاستيفاء نظر الجانبين وعند عدمه يستوفى من الرقبة لانه لا دليل على ظهور ذلك على أنه مخصوص بما اذا قبض مبيعا قبل تركب الديون دون غيره بل الواضح فيه ان يقال المراد بالدين ما وجب بالتجارة كما ذكر في الكتاب وذلك لا يكون الا بعد دخول مبيع أو ما هو في معناه في ملك المولى ودخوله في ملكه يقابل ما يقوته وهلاكه في ملكه لا يخرج به عن المقابلة والظاهر انه يكون بمقدار ما يؤدى من قيمة العبد لان الشراء بعين نادر ومعنى هذا الكلام ان المولى (٣٤٣) كانه اشترى الديون التي على العبد

بالعبد ولولم تكن مساوية لقيمته كان ذلك شراء بعين وهو نادر وتحقيقه أنهم المولى تكن مساوية لا اختار أداء الديون دون بيع العبد والجواب الاول على مذهب أبي حنيفة رضي الله عنه وهو مخصوص بما ذكر المعترض والثاني عام لكنه انما يستقيم على مذهب ما فان المولى ذلك كسب العبد المأذون المديون عندهما كما سيحى وقوله (وتعلقه بالكسب) جواب عما يقال أجمعنا أنه تعلق بالكسب فكيف

وتعلق الدين برقبته استيفاء حامل على المعاملة فمن هذا الوجه يصلح غرض المولى وينعدم الضرر في حقه بدخول المبيع في ملكه وتعلقه بالكسب لاننا في تعلقه بالرقبة في تعلقه بهم ما غير انه يبدأ بالكسب في الاستيفاء ايضاً الحق الغرماء وابقا لمقصود المولى وعند انعدامه يستوفى من الرقبة وقوله في الكتاب ديونه المراد منه دين وجب بالتجارة أو بما هو في معناها كالبيع والشراء والاجارة والاستجارة وضمنان الغصب والودائع والأمانات اذا جحدتها وما يجب من المقر بوطء المسترابة بعد الاستحقاق لاستناده الى الشراء فيلحق به

تحريره يشعر بخلافه وذلك لان كون سبب الدين التجارة وكون التجارة داخلة تحت الاذن لا مدخل لخصوصية شيء منهم في حق تضرر الناس فانهم يتضررون بتوى حقههم سواء كان سبب الدين التجارة أو غيرها كصدق امرأة تزوجها العبد المأذون بغير اذن المولى وسواء كانت التجارة داخلة تحت الاذن أو تجارة غير داخلة تحته كما اذا لحق بالعبد المحجور دين بسبب التجارة وأما في حق ظهور وجوب الدين في حق المولى لخصوصية كل واحد منهم ما مدخل لا محالة فبالجمل على المعنى الاول لا يتم الفائدة والتعريب وأما بالجمل على المعنى الثاني فيتم كل ذلك لان المانع عن تعلق الدين برقبته العبد المحجور كان لزوم ابطال حق المولى من غير رضاه واذا ظهر وجوب الدين في ذمة العبد المأذون في حق المولى بدخول سببه تحت اذن المولى زال ذلك المانع قطعاً فعلق الدين برقبته وعما يقرر المعنى الثاني فيحرر صاحب

يتعلق بعد ذلك بالرقبة وذلك لانه لاتنافي بينهما ما غير انه يبدأ بالكسب في الاستيفاء نظر الجانبين وعند عدمه يستوفى من الرقبة دفعا للضرر عن الناس كما تقدم وقوله الا ان يفديه المولى اشارة الى أن البيع انما يجوز اذا كان المولى حاضر الان اختيار العداء من الغائب غير متصور لان الخصم في رقبة العبد هو المولى فلا يجوز البيع الا بحضوره أو بحضور نائبه بخلاف بيع الكسب فانه لا يحتاج الى حضور المولى لان العبد خصم فيه فان قيل ما وجه البيع على قول أبي حنيفة رحمه الله وهو لا يرى الجرح على الحر العاقل بسبب الدين وبيع القاضي العبد بغير أمر مولا جرح عليه أجيب بأن ذلك ليس بجرح عليه لانه كان قبل ذلك محجورا عن بيعه اذ لا يجوز للمولى بيع العبد المديون بغير رضا الغرماء ومجر المحجور غير متصور وهو كاتر كالمستغرق بالدين في جواز ان يبعها القاضي على الورثة اذا امتنعوا عن قضاء الدين فانه لا يعتد جرح الكونهم محجورين عن بيعه اقبل ذلك بغير رضا الغرماء (قوله وقوله في الكتاب) يعني مختصر القدوري ومعناه ظاهر

(قوله قبل وليس بواضح الى قوله لانه لا دليل الخ) أقول وفيه بحث فان ندور الشراء بعين يوضحه (قوله ومعنى هذا الكلام الخ) أقول فيه تأمل (قوله والجواب الاول على مذهب أبي حنيفة رضي الله عنه وهو مخصوص بما ذكر المعترض والثاني عام لكنه انما يستقيم على مذهب ما الخ) أقول قوله الاول اراد به ما تقدم تسعة أسطر تخميناً وهو قوله واجيب عنه بأن المراد به مبيع قبضه الخ وقوله بما ذكر المعترض اراد به ما تقدم بستة أسطر تخميناً وهو قوله على أنه مخصوص بما اذا قبض مبيعا الخ وقوله والثاني اراد به ما تقدم بأسطر وهو قوله بل الواضح الخ

قال (ويقسم غنمه بينهم بالحصص) اذا باع القاضى العبد بقسم غنمه بين الغرماء بالحصص (اتعلق حقهم بالرقبة فصار كتعلق الحقوق بالتركة) وان لم يكن وفاء بالثمن يضرب (٣٤٤) كل غريم في الثمن بقدر حقه كالتركة اذا ضاقت عن ايفاء حقوق الغرماء (فان بقى عليه شيء

من ديونه) أى ديون العبد (طوب به بعد الحرية لتقرر الدين في ذمته وعدم وفاء الرقبة به (ولا باع ثانيا) كى لا يمنع البيع أو دفعا للضرر عن المشتري (ويتعلق دينه بكسبه سواء حصل قبل لحوق الدين أو بعده ويتعلق بما يقبل من الهبة) لان المولى انما يختلفه في الملك بعد فراغه عن حاجة العبد ولم يفرغ (ولا يتعلق بما انتزع المولى من يده قبل الدين) لوجود شرط الخلوصله

من ديونه) أى ديون العبد (طوب به بعد الحرية لتقرر الدين في ذمته وعدم وفاء الرقبة به) ولا سبيل لهم عليه قبلها لانه صار ملكا للمشتري والدين ما وجب باذنه فلا يظهر في حقه (ولا باع ثانيا كى لا يمنع البيع) فان المشتري اذا علم أن العبد الذى يشترىه يباع في يده ثانيا بدون اختياره امتنع عن شرائه فلا يحصل البيع الاول ويتضرر الغرماء (أو دفعا للضرر عن المشتري) لانه لم يأتين له في التجارة فلم يكن راضيا ببيع سبب الدين فلو بيع عليه مع ذلك تضرر به ولا يلزم ما لو اشتراه البائع الا قد فانه لا يباع عليه ثانيا وان كان راضيا بالبيع لان الملك قد تبدل وتبدل الملك كتبدل الذات (قوله ويتعلق دينه بكسبه) لبيان الكسب الذى يبدأ به والذى لا يبدأ به فالكسب الذى لم ينزعه المولى من يده يتعلق به الدين (سواء كان حصل قبل لحوق الدين أو بعده ويتعلق بما قبله من الهبة لان المولى انما يختلفه في الملك بعد فراغه عن حاجة العبد ولم يفرغ) فكان ككسب غير منتزع (ولم يتعلق بما انتزعه المولى من يده قبل الدين لحصول

الكافي دليلنا هنا حيث قال ولنا أن هذا دين ظهر وجوبه في حق المولى لانه وجب بسبب التجارة واذنه قد ظهر في حق التجارة فباعت رقبه العبد فيه كدين الاستهلاك دفعا للضرر عن الناس وكذا تحرير صاحب الغاية اياه حيث قال ولنا أنه دين واجب على العبد ظهر وجوبه في حق المولى فيتعلق برقبته قياسا على دين الاستهلاك أما وجوبه على العبد فظاهر وأما ظهوره في حق المولى فلا سبب الدين هو التجارة باذن المولى فكان ظاهرا في حق المولى لا محالة واذ اظهر في حق المولى تعلق برقبته استيفاء كافي دين الاستهلاك بخلاف ما اذا أقر المحجور حيث ثبت الدين عليه ولا يظهر في حق المولى لعدم اذنه اه كلامه ثم ان بعض الفضلاء قال ههنا ولعل الأولى أن يكون قول المصنف وهذا اشارة الى تعلق الدين برقبته اه وكاته أخذ هذا المعنى مما ذكره صاحب معراج الدراية في شرح هذا المحل حيث قال قوله وهذا أى كون دين تجارته متعلقا برقبته باعتبار أن سببه التجارة وهى أى التجارة داخله تحت الاذن اه (أقول) هذا الاحتمال ههنا ليس بشئ لان تعلق الدين برقبته أصل المدعى الذى وقع فيه الخلاف لزعموا الشافعي ولو كنى في اثبات ذلك قوله لان سببه التجارة وهى داخله تحت الاذن لكان باقى المقدمات المذكورة في دليلنا المزبور مستدركة ولا يخفى أن العدة في اثبات مطلوبنا هذا انما هى قوله ظهر وجوبه في حق المولى فهو المحتاج الى البيان وتعلق الدين برقبته نتيجة متفرعة عليه ولذلك فرغ عليه المصنف اياه بقوله فيتعلق برقبته فالوجه أن تكون كلمة هذا في قوله وهذا اشارة الى ظهور وجوب ذلك الدين في حق المولى لا غير وهذا كله يظهر بالتأمل الصادق (قوله ويقسم غنمه بينهم بالحصص لتعلق حقهم بالرقبة فصار كتعلقها بالتركة فان فضل شيء من ديونه طوب به بعد الحرية لتقرر الدين في ذمته وعدم وفاء الرقبة به) قال صاحب العناية في شرح هذا المقام اذا باع القاضى العبد بقسم غنمه بين الغرماء بالحصص لتعلق حقهم بالرقبة فصار كتعلق الحقوق بالتركة وان لم يكن بالثمن وفاء بالثمن يضرب كل غريم في الثمن بقدر حقه كالتركة اذا ضاقت عن ايفاء حقوق الغرماء فان بقى عليه شيء من ديونه أى ديون العبد طوب به بعد الحرية لتقرر الدين في ذمته وعدم وفاء الرقبة به اه كلامه (أقول) في تقريره خلل فان ذكر قوله فان بقى عليه شيء من ديونه بطريق الشرطية سيما مع أداة التقرير بعد أن قال وان لم يكن بالثمن وفاء ليس بمستقيم لانه اذا لم يكن بالثمن وفاء يمين بقاء شيء من ديونه عليه فامعنى الشرطية وكان حق التحرر برأى يقول فما بقى عليه شيء من ديونه طوب به بعد الحرية بخلاف قول المصنف فان فضل شيء من ديونه طوب به بعد الحرية فانه في موقعه اذ لم يعين فيما قبله عدم وفاء الثمن بالديون بل انما ذكر مجرد تقسيم غنمه بينهم بالحصص فاحتمل أن يكون بالثمن وفاء وان لا يكون فحسنت الشرطية وأداة التقرير كالا يخفى (قوله لان المولى انما يختلفه في الملك بعد فراغه عن حاجة العبد ولم يفرغ) قال صاحب العناية بعد قوله ولم يفرغ فكان ككسب غير منتزع اه

(أقول)

شرط الخلوصله) وهو خلوصل ذمة العبد عن الدين حال أخذ المولى ذلك

(قوله ولا سبيل لهم) أقول بأخذ كسبه (قوله فلم يكن راضيا ببيع) أقول اذا علم أنه يباع ثانيا يكون راضيا به (قوله فكان ككسب غير منتزع) أقول ظاهر التشبيه بالكسب يدل على اختصاص التعليل بالهبة وفيه بحث فالحق نعمته التعلق بكسبه أيضا

(والمولى أن يأخذ غلة مثله) والغلة كل ما يحصل من ريع الأرض أو كراثها أو أجرة غلام أو نحو ذلك ومعناه أن يأخذ الضربيسه التي ضربها عليه في كل شهر بعد المزمته الديون كما كان يأخذ قبل ذلك وما زاد على ذلك من ريعه كان للغرماء ولا يأخذ أكثر مما كان يأخذ قبل الديون والقياس أن لا يأخذ أصلاً وان أخذ شيئاً رده لأنه أخذ من كسبه وكسبه حق الغرماء ولكنه استحسن فقبل لسلامة المقرر قبله للمولى لأن في أخذ المولى ذلك منفعة للغرماء بإبقائه على الأذن بسبب ما يصل إليه من الغلة فالولم يمكن من ذلك الجبر عليه فلا يحصل المكسب وأما لز يادة على ذلك فلا يأخذها عدم الضرورة حيث لا يعتد ذلك من باب تحصيل الغلة فإن أخذها ردها على الغرماء لتقدم حقهم فيها ثم اذن المولى لعبده أمان أن يكون شائعاً ولا فإن كان الأول لم ينجر بحجره حتى يظهر الحجر له ولا كثر أهل سوءه لئلا يتضرر الناس بما يرضوا به من تأخر حقهم إلى ما بعد العتق لمالم يتعلق حقهم برقبته وكسبه لأن العبدان كسب شيئاً أخذ المولى وأن طعته دين أقام بينة أنه كان قد جبر عليه في تأخر حقهم إلى ما بعد العتق وهو موهم وقد بايعوه على رجاؤه لا أي يتعلق حقهم برقبته وكسبه وهو على أذنه إلى أن يعلم بالجبر لأنه يتضرر به حيث يلزمه قضاء الدين من (٣٤٥) خالص ماله بعد العتق ولم يرض

(وله أن يأخذ غلة مثله بعد الدين) لأنه لو لم يمكن منه بحجر عليه فلا يحصل الكسب والزيادة على غلة المثل يرد على الغرماء لعدم الضرورة فيها وتقدم حقهم قال (فإن حجر عليه لم ينحصر حتى يظهر حجره بين أهل سوقه) لأنه لو انحصر لتضرر الناس به لتأخر حقهم إلى ما بعد العتق لما لم يتعلق برقبته وكسبه وقد بايعوه على رجا ذلك وبشروط علم أكثر أهل سوقه حتى لو حجر عليه في السوق وليس فيه الأرجل أو رجلا لم ينحصر ولو بايعوه جازوا ن بايعه الذي علم بحجره ولو حجر عليه في بيته محض من أكثر أهل سوقه ينحصر والمعتبر بشيوع الحجر واشتهاره في مقام ذلك مقام الظهور عند الكل كافي بتبليغ الرماله من الرسل عليهم السلام ويبقى العبد أذونا إلى أن يعلم بالحجر كالوكيل إلى أن يعلم بالعزل وهذا لا ينحصر به حيث يلزمه قضاء الدين من خالص ماله بعد العتق ومرضاه وانما يشترط الشيوع في الحجر إذا كان الأذن شائعا أما إذا لم يعلم به إلا العبد ثم حجر عليه بعد علم منه ينحصر لأنه لا ضرر فيه قال (ولو مات المولى أو جن أو لحق به الحرب مرن تصار المأذون محجورا عليه) لأن الأذن غير لازم وما لا يكون لازما من التصرف يعطى له وانه حكم الابتداء وهذا هو الأصل فلا بد من قيام أهلية الأذن في حالة البقاء وهي تنعدم بالوت والجنون وكذا بالعوق لأنه موت حكمي حتى يقسم ماله بين ورثته قال (وإذا أبق العبد صار محجورا عليه) وقال الشافعي يبي ما ذونا لأن الأبق لا ينافي ابتداء الأذن فكذا لا ينافي البقاء وصار كالغصب ولنا أن الأبق حجر دلالة لأنه انما يرضى بكونه مأذونا على وجه يتمكن من نقضه

(٤٤ - تسكمه سابع) اذالم يكن لازما كان لدوامه حكم ابتدائه فيحتاج الى قيام الاهلية حاله البقاء كالابتداء وعلى هذا اذا مات المولى او جن جنونا مطبقا وقد تقدم في الوكالة تعريفة او لحق بدار الحرب فتمجور المأذون لان انتفاء الاهلية بهذه العوارض حقيقة او حكما لان الحاق موت حكمي ولهذا يقسم ماله بين ورثته قال (واذا ابقى العبد صار محجورا عليه وقال الشافعي رحمه الله يبي ما ذونا لان الاباق لا ينافي ابتداء الاذن) فان المولى اذا اذن لعبد الا بقى في التجارة وعلم به العبد كان ما ذونا فلا ن لا ينافي بقاءه اولى لان البقاء اسهل من الابتداء (وصار كالغصب) فان المولى لو اذن لعبد المغصوب الذي يمكن له ان يأخذه بان يكون له بينة او يكون الغاصب مفرصا وكونه مغصوبا لا ينافي الاذن فكذا كونه آبقا (ولنا ان الاباق مجرد دلالة لانه انما يرضى بكونه ما ذونا على وجه يتمكن من تفضيذه دينه بكسبه)

ولم يتحقق ذلك من الآتي فلا يكون راضيا به وانما يمكن ما نفي الابتداء لانما جعله جردا لدلالة (ولا معتبر بالدلالة عند التصريح بخلافها وبخلاف الغصب لان الاتزاع من يد الغاصب متيسر) وان عادم الاباق هل يعود الاذن لم يذكره محمد رحمه الله والصحيح أنه لا يعود (واستيلاد المأذون لها جبر عليها) اذ لم يصرح بخلافه (وقال زفر رحمه الله ليس بجبر اعتبارا بالابتداء) فان المولى لو اذن لام ولده حاز فكذا اذا استولدها بعد الاذن وهو القياس واستحسن العلماء رجحهم الله جبرها بالاتفاق لان العادة جرت في الظاهر ان الانسان يحسن أم ولده ولا يرضى بخروج وجهها واختلاطها بالاناس في المعاملة والتجارة فيكون جردا لدلالة ولا معتبر بها عند التصريح بخلافه في الابتداء (ويضمن المولى قيمتها ان ركبته اديون لاتلافه محلا تعلق به حق الغرماء اذ به يمنع البيع وبه يقضى حقهم) قال (واذا استدانت الامة المأذون لها أكثر من قيمتها) (٣٤٦) معناه ظاهر وانما قد يتكونها أكثر لتظهر الفائدة في أن المولى يضمن قيمتها دون

بخلاف ابتداء الاذن لان الدلالة لا معتبر بها عند وجود التصريح بخلافها وبخلاف الغصب لان الاتزاع من يد الغاصب متيسر قال (واذا ولدت المأذون لها من مولاه فان ذلك جبر عليها) خلافا لزفر وهو يعتبر حالة البقاء بالابتداء ولنا أن الظاهر أنه يحسنها بعد الولادة فيكون دلالة الجبر عادة بخلاف الابتداء لان الصريح قاض على الدلالة (ويضمن المولى قيمتها ان ركبته اديون) لاتلافه محلا تعلق به حق الغرماء اذ به يمنع البيع وبه يقضى حقهم قال (واذا استدانت الامة المأذون لها أكثر من قيمتها فسد برها المولى فهي مأذون لها على حالها) لان عدم دلالة الجبر اذا العادة ما جرت بنحو من المدبرة ولا منافاة بين حكمها ايضا والمولى ضامن لقيمتها المقر رناه في أم الولد قال (واذا جبر على المأذون له فاقرارها جاز فيماني يده من المال عند أي حنيفة) ومعناه أن يقر بما في يده أنه أمانة لغيره أو غصب منه أو يقر بدين عليه فيقضى بما في يده وقال أبو يوسف ومحمد رحمه الله لا يجوز اقراره لهما أن المصحح لا قراره ان كان الاذن فقد زال بالجبر وان كان اليد فالجبر ابطالها لان يد المحجور غير معتبرة وصار كما اذا أخذ المولى كسبه من يده قبل اقراره أو ثبت جبره بالبيع من غيره واهل هذا لا يصح اقراره في حق الرقبة بعد الجبر وله أن المصحح هو اليد

قط (قوله بخلاف ابتداء الاذن لان الدلالة لا معتبر بها عند وجود التصريح بخلافها) أقول لقائل أن يقول اذ لم يكن للدلالة اعتبار عند وجود التصريح بخلافها ينبغي أن لا يصير الا بقى محجورا في البقاء أيضا اذ قد وجد التصريح بالاذن من المولى في الابتداء فكانت دلالة الاباق على الجبر في البقاء مخالفة لذلك التصريح فينبغي أن لا تعتبر * ثم أقول يمكن أن يجاب بأن وجود التصريح بالاذن في الابتداء لا يقتضي وجوده الى حال الاباق فالعلوم قطعا انما هو وجوده في الابتداء وأما وجوده في البقاء فانما يعرف باستصحاب الحال وهو حجة ضعيفة ولذلك تكون دافعة لاشبهة فيجوز أن ترجح الدلالة عليها عن هذا اعتبرت في البقاء دون الابتداء تأمل (قوله لهما أن المصحح لا قراره ان كان الاذن فقد زال بالجبر وان كان اليد فالجبر ابطالها لان يد المحجور غير معتبرة) قال صاحب النهاية فان قلت يشكل على هذا ما ذكره في ودعيعة المبسوط بقوله عبد استودع رجلا ودعيعة ثم غاب لم يكن لمولاه أن يأخذ الودعيعة تاجرا كان العبد أو محجورا عليه فلو لم يكن اسد المحجور اعتبارا لما اشترط حضرته بل جعل ما أودعه بمنزلة ثوب هبت به الريح وألقته في حجر رجل لان فائدة عدم اعتبار اليد هي أن يكون

الزيادة عليها وقوله (ولا منافاة بين حكمها) أي حكم الاذن والتدبير لانه بالتدبير ثبت لا بد برحق العتق وحق العتق ان كان لا يؤثر في فلك الجبر لا يؤثر في الجبر عليه قال (واذا جبر على المأذون له فاقرارها جاز) اذا جبر على العبد المأذون له فاقرب بما في يده من المال لغيره مولاه فهو جاز عند أي حنيفة رحمه الله قال المصنف (ومعناه أن يقر بما في يده أنه أمانة لغيره) وانما فسر بذلك لان مطلق الاقرار يفهم منه ما كان مضمونا كالديون والغصب فبين أن المراد به التميم وقدم الامانة لذلك فيقضى بما في يده للمقر له (وقال أبو يوسف ومحمد رحمه الله لا يجوز اقراره) لان المصحح لا قراره اما الاذن أو اليد ولا شيء منهما يجوز بعده الجبر أما الاذن فلزواله

بالجبر وأما اليد فلأن الجبر ابطالها لان يد المحجور عليه غير معتبرة شرعا وردبأنا لان سلم أن يده غير معتبرة فانه لو استودع ودعيعة ثم غاب ليس لمولاه أخذها والمسئلة في المبسوط ولو كانت غير معتبرة كانت الودعيعة كئوب ألقته الريح في حجر رجل وكان حضور العبد وغيبته سواء وأجيب بأن تأويلها اذ لم يعلم المودع أن الودعيعة كسب العبد أما اذا علم ذلك فلمولى أخذه وكذا اذا علم أنه مال المولى ولم يعلم بأنه كسب العبد (قوله وصار كما اذا أخذ المولى كسبه من يده قبل اقراره) بيان لا طال الجبر يده مسائل متفق عليها فان المولى اذا اتزاع ما بيده لا يسمع اقرار العبد فيه بالاتفاق وكذا اذا باع العبد من غيره وثبت الجبر لم يصح اقراره ولا يصح اقراره في حق الرقبة بعد الجبر حتى لا يتابع رقبته بسبب ذلك الاقرار بالاتفاق (ولابي حنيفة رحمه الله أن المصحح لا قراره هو اليد

قال المصنف (وصار كما اذا أخذ المولى كسبه من يده الخ) أقول بخالف لما سبق في المضاربة

وحكما أما حقيقة قطا هزلان

ح (والبدائية حقيقة)

الكلام في الاقرار بما في
يده وأما حكمه بلان شرط
بطلانها بالجرح حكمها فراغها
عن حاجته واقراره دليل
تحققها واقائل أن يقول
الاقرار بالتحقق المأمرة

ولهذا لا يصح اقرار المأذون فيما أخذه المولى من يده واليد باقية حقيقة وشرط بطلانها بالبحر حكما
فراغها عن حاجته واقراره دليل تحققه بخلاف ما اذا انتزعه المولى من يده قبل الاقرار لأن يد
المولى ثابتة حقيقة وحكما فلا تبطل باقراره وكذا ملكه ثابت في رقبته فلا يبطل باقراره من غير رضاه
وهذا بخلاف ما اذا باعه لان العبد قد تبديل بتبديل الملك على ما عرف فلا يبقى مائبت بحكم الملك ولهذا
لم يكن خصمه افيماء بآثره قبل البيع

مطلقاً وعند مصححه والاول
ممنوع والثاني مسلم ولكن
مصححه هذا الاقرار في حيز
النزاع فلا يصلح أخذه في
الدليل والجواب أن مطلقه
دليل تحققة مما جلا لحال
المقرر على الصلاح فان
قيل لو كان اقراره دليل
تحققها الصح بما انتزعه
المولى من يده قبل الاقرار
أجيب بأن يد المولى ثابتة
حقيقة وحكما أما حقيقة
فلا لأن الكلام فيما انتزعه
من يده قبل الاقرار وأما
حكما فلا لأن النزاع كان قبل
ثبوت الدين فلا تبطل يده
اقراره لانه اقرار بما ليس
في يده أصلا وهو باطل
المصنف رحمه الله ذكر
قوله بخلاف ما إذا انتزعه
المولى الخ أجوبة عما
ستشهدا به من المسائل
فق عليها وهو ظاهر وقوله
على ما عرف إشارة إلى
حديث بركة رضى الله
عنهما وقوله (فلا يبقى ما ثبت
بحكم الملك) يعنى به الاذن
أنه ثبت للعبد بحكم أنه
المولى وقد زال ذلك الملك

وجودها وعدمها بمنزلة ولم يجعل كذلك فعلم بهذا أن أليده اعتبارا وان كان محجورا والدليل على هذا ما ذكره الامام الاسترغيني في وديعة أحكام الصغار في تعليل هذه المسئلة فقال لان العبد أدى له يد حكمية فلا يكون اولاده أن يأخذهم من المودع مالم يحضر العبد قلت تلك المسئلة مؤولة ذكرنا ويلها في الفصل السادس عشر من وديعة الذخيرة فقال وهذا اذا لم يعلم المودع أن الوديعة كسب العبد وأما اذا علم أنه كسبه فلمولى حق الاخذ وكذلك اذا لم يعلم أنها كسب العبد ولكن علم أنها مال المولى كان للمولى أن اخذ الى هنا كلام صاحب النهاية وقد اختلفت في أثر صاحب العناية في ذكر هذا السؤال والجواب لكن به عبارة أخرى أخصر من الأولى (أقول) ذلك الجواب لا يمين ولا يغنى من جوع فان تأويل تلك المسئلة بمنزلة تيمم كرمه كونه مما ياباه قطعاً ما ذكره الامام الاسترغيني في وديعة أحكام الصغار في تعليل تلك المسئلة بما مر في آخر السؤال لا يجدى نفساً في دفع الاشكال للناسي من المقدمة القائلة ان يد المحجور غير معتبرة اذ قد تقرّر بعد ذلك التأويل أن في صورة أن لا يعلم المودع أن الوديعة التي أودعها العبد المحجور كسب ذلك العبد أو مال مولاه ليس للمولى أن يأخذها بل انما يأخذها ذلك العبد فقد تحقق أن يكون للمحجور يد معتبرة في بعض الصور فلم يكن في تلك المقدمة كلية ومالم يكن فيها كلية لا يثبت مدعى الامان في مسئلتنا فلا يتم التقريب لا يقال يجوز أن يكون المراد بقوله ما في التعليل لان يد المحجور غير معتبرة أن يده غير معتبرة في شيء من الصور المندرجة تحت مسئلتنا هذه وهذا القدر من الكلية يكفي في اثبات مدعاهما هنا لاننا نقول هذا القدر من الكلية أيضا غير متحقق لان من الصور المندرجة تحت مسئلتنا هذه اقراره بعد التجربة بأن ما في يده امانة غيره ففي هذه الصورة اذا لم يعلم أن ما في يده كسبه أو مال مولاه فلا جرم أن تكون يده اذ ذلك معتبرة على مقتضى ما مر في مسئلة الميسر وتقرّر بعد تأويلها ومن تلك الصور أيضا اقراره بعد التجربة بأن ما في يده غصب من غيره ففي هذه الصورة أيضا اذا لم يعلم أنه كسبه أو مال مولاه تكون يده معتبرة على مقتضى ذلك اذا لم يكن عين الغصب متغيرا بفعله بأن لم يزل امانة وعظم منافعها اذ لا يزول عنه حينئذ ملك الغصب منه كما سيجي في كتاب الغصب فلا يتصور أن يكون من كسب ذي اليد تدبر تفهم قوله فلا يبقى ما ثبت بحكم الملك قال في العناية يعني به الاذن لانه ثبت للعبد بحكم أنه ملك المولى وقد رآه ذلك الملك اه وعلى هذا المعنى استخراج سائر الشروح أيضا هذا المحل وان اختلفت عباراتهم فيها ما ذكره صاحب الغاية فانه قال أي لا يبقى للعبد المأذون بعد بيعه ما ثبت له من الاذن قبل البيع بحكم أنه ملك المولى فلا جرم لم يبع اقراره بما في يده بعد البيع لعدم بقاء الاذن اه (أقول) فيه نظر لان عدم بقاء الاذن مقرر فما نحن فيه أيضا وهو ما اذا اجر المولى على المأذون له يدون أن يبيعه والمصنف بهنا بعد الفرق من قبل أبي حنيفة بين ما نحن فيه وبين ما اذا باعه فلو كان مراده عما ثبت بحكم الملك في قوله فلا يبقى ما ثبت بحكم الملك هو الاذن لما كان ذلك كره هذه المقدمة أعني قوله فلا يبقى ما ثبت بحكم الملك فائدة أصلها هنا لعدم اختصاص عدم بقاء الاذن بما اذا ماعه دون ما نحن فيه فلزم أن

وقوله (ولهذا لم يكن خصما) توضيح لتبديل العبد فان العبد اذا باشر شيئا قبل البيع لم يكن خصما فيه بالتسليم والتسلم والرد بعيب وغيره بعده كعبد آخر لم يباشره ولولا تبديله لكان خصما للصدور المبائره عنه حقيقة

قال (واذا الزمته ديون) اذا الزمته ديون فلا يخلو اما أن تحيط بماله ورقبته أو لا تحيط بشئ من ذلك أو أحاطت بماله دون رقبته فالاول كما اذا
أذن للعبد فاشترى عبدا ساوى ألفا والمأذون أيضا ساوى ألفا وعليه ألفا درهم والثاني أن يكون عليه خمسمائة درهم والثالث أن
يكون عليه ألف درهم ففي الاول لم يملك المولى ما في يده (ولو أعتق عبدا من كسبه لم يعتق عند أبي حنيفة رحمه الله وقال لا يملك ما في يده
ويعتق وعليه قيمته لان سبب الملك في كسبه وهو ملك الرقبة قد وجد) فان ملك الأصل علة تلك الفرع (ولهذا يملك اعتاقها) بمعنى الرقبة
(ووطء الأمة المأذون لها وهذا) أي المذ كود من ملك الاعتاق وحل الوطء (آية كمال ملك الرقبة) فكان سبب الملك في الكسب موجودا على
الكامل فملكه وينفذ فيه اعتاقه فان قيل سلمنا ذلك لكن المانع متحقق وهو أحاطة الدين فانه يمنع عن ذلك كما في التركة اذا استغرقت
الديون فانه يمنع اعتاق الوارث (٣٤٨) أجاب بقوله (بمخلاف الوارث لانه يثبت الملك له نظرا للوارث) بإعمال ماله الى أقرب الناس

اليه ولهذا يقدم الأقرب
فالأقرب ولا تنظر للوارث في
ذلك عند أحاطة الدين بتركته
(بل النظر في ضده) أي في ضد
ثبوت الملك للوارث وهو
قضاء الدين لانه فرض عليه
والميراث صله وإذا كان
سبب الملك النظر وقد فات
فات الملك ولا يعتق في غير
الملك (أمامك المولى فما
ثبت نظر العبد) لبراعى
ذلك بعدم العتق حتى
تقضى ديونه (واذا نفذ العتق
عندهما يضمن قيمته
لغير ما يتعلق حقهم به
ولا يحنيفة رحمه الله أن
ملك المولى انما يثبت خلافة
عن العبد عند فراغه عن
حاجته كملك الوارث على
ما قررناه) يعني في مسألة
تعلق الدين بكسبه (والمال
الذي أحاط به الدين مشغول
بها فلا يخلفه فيه) يعني
كما أن الدين المحيط بالتركة
يمنع ملك الوارث في الرقبة

قال (واذا الزمته ديون تحيط بماله ورقبته لم يملك المولى ما في يده ولو أعتق من كسبه عبدا لم يعتق
عند أبي حنيفة وقال لا يملك ما في يده ويعتق وعليه قيمته) لانه وجد سبب الملك في كسبه وهو ملك
رقبته ولهذا يملك اعتاقها ووطء الجارية المأذون لها وهذا آية كماله بخلاف الوارث لانه يثبت الملك له
نظرا للوارث والنظر في ضده عند أحاطة الدين بتركته أما ملك المولى فثبت نظر العبد وله أن ملك
المولى انما يثبت خلافة عن العبد عند فراغه عن حاجته كملك الوارث على ما قررناه والمحيط به الدين
مشغول بها فلا يخلفه فيه وإذا عرف ثبوت الملك وعدمه فالتعق فربعه وإذا نفذ عندهما يضمن قيمته
لغير ما يتعلق حقهم به قال (وان لم يكن الدين محيطا بماله جازعته في قولهم جميعا) أما عندهما
فظاهر وكذا عنده لانه لا يعرى عن قابله فلو جعله مانعا لانسداد باب الانتفاع بكسبه فيختل ما هو
المقصود من الأذن ولهذا لا يمنع ملك الوارث والمستغرق بمنعه

يكون قوله المذ كود لغوا من الكلام ولا ينبغي ذلك لمثل المصنف والوجه عندي أن يكون مراده
بما ثبت بحكم الملك في قوله المذ كود يده الحكمية كما هو المناسب لقوله فيما قبل واليد بواقعية حقيقة وشرط
بط لا من الجرح حكمه فراغها عن حاجته ولما كان تبدل الملك فيما إذا باعه بمنزلة تبدل الذات لم يبق
ما ثبت بحكم الملك الاول من يده الحكمية بخلاف ما نحن فيه فان اليد فيه باقية حقيقة وحكاما لم يفرع
عن حاجته وعلى هذا المعنى تظهر فائدة هاتيك المقدمة حذرا فتأمل ولكن الحاكم الفصل (قوله وإذا
لزمته ديون تحيط بماله ورقبته الخ) قال في العناية إذا الزمته ديون فلا يخلو اما أن تحيط بماله ورقبته
أو لا تحيط بشئ من ذلك أو أحاطت بماله دون رقبته فالاول كما اذا أذن للعبد فاشترى عبدا ساوى
ألفا والمأذون أيضا ساوى ألفا وعليه ألفا درهم والثاني أن يكون عليه خمسمائة درهم والثالث أن
يكون عليه ألف درهم اه (أقول) لقائل أن يقول هذه القسمة ليست بحاصرة اذهنا احتمال
قسم رابع وهو أن تحيط برقبته دون ماله على عكس القسم الثالث والجواب أنه قد تقرر فيما مر أنه
يبدأ بكسب المأذون المديون في الاستيفاء وعند انعدام كسبه يستوفى من رقبته فله منه أن يتعلق
الدين بكسبه كان مقدما على تعلقه برقبته فلم يتصور في الشرع أن تحيط ديونه برقبته دون ماله الذي
هو كسبه فكانت الأقسام التي يمكن تحققها في الشرع منحصرة في الثلاثة فيما إذا الزمته ديون ولهذا لم
يلفت الى قسم آخر هو احتمال عتق محض لا لتحقيقه في الشرع (قوله وان لم يكن الدين محيطا بماله
جازعته في قولهم جميعا) الظاهر أن مراده إذا لم يكن الدين محيطا بماله ورقبته جازعته في قولهم

فكذلك الدين المحيط بالكسب ورقبته يمنع ملك المولى لان الخلافة في الموضوعين لانعدام أهلية الملك في المال فإلما
ليس بأهل للملكية كالمقتضى لان الملكية عبارة عن القدرة والموت والرق ينفيان ذلك بل منفاة الموت أظهر والميت جعل كالملك
حكم القيام حاجته الى قضاء ديونه فكذلك الرقيق (واذا عرف ثبوت الملك عندهما وعدمه عنده عرف العتق وعدمه لكونه فرع) فن قال
بثبوت الملك نفذ العتق ومن لم يقل به أبطله وفي الثاني يملك المولى كسبه (وينفذ عتقه في قولهم جميعا) أما عندهما فظاهر وكذا عنده لان
كسب العبد لا يعرى عن قليل الدين فلو جعل مانعا لانسداد باب الانتفاع بكسبه فيختل ما هو المقصود من الأذن ولهذا لا يمنع القليل ملك
الوارث والمستغرق بمنعه) وأما الثالث فلم يذكره في الكتاب ونقل بعض الشارحين عن يوسع الجامع الصغير أن العتق فيه جائز
(قوله فان قيل سلمنا ذلك لكن المانع متحقق) أقول يعني المانع عن ثبوت الملك

قال (واذا باع من المولى شيئا بمثل قيمته جاز) لانه كالاجنبي عن كسبه اذا كان عليه دين) ويعلم منه أنه اذا لم يكن عليه دين لا يجوز لانه ليس بأجنبي (واذا باع منه بنقصان لم يجز مطلقا) أي سواء كان كثيرا أو قليلا (لانه متم في حق مولاه) بميله اليه عادة بخلاف ما اذا باع من الاجنبي بذلك فانه يجوز مطلقا لانه لا تهمة فيه فان قيل التهمة فيه قد تكون موجودة أجيب بأنه موهوم حيث انه لم ينشأ عن دليل (قوله بخلاف ما اذا باع المريض) مروى بالواو وبغيره قال في النهاية وهذا الخلاف متعلق بأول المسئلة وهو قوله واذا باع من المولى شيئا بمثل قيمته جاز هذا على تقدير الواو في قوله وبخلاف وليس بصحيح لانه معطوف بلا معطوف عليه بل المناسب لذلك عدم الواو وقال ويجوز أن يكون بدون الواو فيتعلق (٣٤٩) بحكم قوله المتصل به وهو قوله بخلاف

ما اذا باع الاجنبي أي أنه يجوز في كل حال أعني اذا كانت الهبة بسيرة أو فاحشة أو كان البيع بمثل القيمة وبيع المريض من وارثه لا يجوز عند أبي حنيفة رحمه الله في كل حال من هذه الاحوال وهذا أوجه ولكن النسخة بالواو تأباه قلت ذلك أوجه من حيث اللفظ بالقرب دون المعنى لان المفهوم من قوله بخلاف ما اذا باع الاجنبي جواز الهبة معه مطلقا ولا يرد بيع المريض من وارثه بمثل القيمة اشكالا عليه حتى يحتاج الى الجواب والظاهر عدم الواو بجمله متعلقا بأول المسئلة وفي كلامه تعقيد وتقرير كلامه هكذا وان باع من المولى شيئا بمثل قيمته جاز لانه كالاجنبي عن كسبه اذا كان عليه دين

قال (واذا باع من المولى شيئا بمثل قيمته جاز) لانه كالاجنبي عن كسبه اذا كان عليه دين يحيط بكسبه (وان باع بنقصان لم يجز مطلقا) لانه متم في حقه بخلاف ما اذا باع الاجنبي عند أبي حنيفة لانه لا تهمة فيه جميعا كما صرح به في الكافي وسائر الكتب المعنوية الا أنها كتنفي بذكر قوله بحاله ولم يذ كر ورقبته بناء على ما ذكرناه أن نفا من أن تعلق الدين بكسبه مقدم على تعلقها برقبته واذا لم تحط الدين بحاله يتعين عدم احاطتها برقبته فلم يحتج الى ذكر الثاني بعد ذكر الاول وما وقع في عامة الكتب من قبيل التصريح بما علم التزام مجرد الاحتياط ثم اعلم ان هذا الذي ذكره المصنف ههنا هو حكم القسم الثاني من الاقسام الثلاثة المار ذكرها في التقسيم الذي نقلناه عن العناية فيما قبل وحكم القسم الاول منها ما ذكر في الكتاب من قبل بقوله واذا الزمته ديون تحيط بحاله ورقبته لم يملك المولى ما في يده ولو اعتق من كسبه عبد لم يعتق عند أبي حنيفة وقال لا يملك ما في يده ويعتق وعليه قيمته وأما حكم القسم الثالث منها فلم يذ كر في الكتاب قط وعن هذا قال صاحب العناية وأما الثالث فلم يذ كر في الكتاب ونقل بعض الشارحين عن يروع الجامع الصغير أن العتق فيه جائز اه وأراد ببعض الشارحين صاحب غاية البيان فانه قال قال في يروع الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة في رجل أذن لعبد في التجارة فاشتري عبدا يساوي ألفا وهو يساوي ألفا وعلى الاول ألف درهم دينافا اعتق المولى العبد المشتري فعتقه جائز وان كان الدين أنى درهم مثل قيمته لم يجز عتقه وقال أبو يوسف ومحمد عتقه جائز في الوجهين جميعا اه (أقول) في جواز عتقه عند أبي حنيفة في الوجه الاول من هذين الوجهين المذكورين في يروع الجامع الصغير وهو القسم الثالث من الاقسام المار ذكرها اشكال على مقتضى دليله المذكور في الكتاب لاثبات مذهبه في القسم الثاني الذي ذكر في الكتاب وألا وفي الجامع الصغير ثانيا فان حصل ذلك الدليل أن ملك المولى انما يثبت خلافا عن العبد عند فراغه عن حاجته والمال الذي أحاط به الدين مشغول بحاجته فلا يخلقه فيه فلا يثبت فيه الملك واذا لم يثبت فيه الملك لم يجز اعتاقه ولا ينبغي أن جميع مقدمات ذلك الدليل جارية بعينها فيما اذا أحاطت الدين بكسبه دون رقبته فينبغي أن لا يجوز اعتاقه فيه أيضا (قوله واذا باع من المولى شيئا بمثل قيمته جاز لانه كالاجنبي عن كسبه اذا كان عليه دين) أقول في هذا التعليل شيء وهو أن الظاهر أن جواب هذه المسئلة باتفاق أصحابنا كما يدل عليه عدم ذكر الخلاف في الكتاب وقد صرح به في غاية البيان حيث قال اعلم أن العبد المأذون المدين اذا باع من مولاه شيئا بمثل قيمته جاز باتفاق أصحابنا جميعا اه وكونه كالاجنبي عن كسبه اذا كان عليه دين غير ظاهر على أصل أبي يوسف ومحمد اذ قدر في المسئلة الاولى أنها قالوا

(قوله وليس بصحيح لانه معطوف بلا معطوف عليه

الخ) أقول فيه بحث فانه معطوف على قوله بخلاف ما اذا باع الاجنبي الخ يعني أن مسئلة القدوري ملتبسة بخلاف هذا باعتبار جزئها الثاني وبخلاف بيع المريض باعتبار جزئها الاول (قوله أو كان البيع بمثل القيمة) أقول يفهم هذا بطريق الدلالة (قوله قلت ذلك أوجه من حيث اللفظ بالقرب دون المعنى لان المفهوم الخ) أقول ويفهم منه جواز بيعه لالاجنبي بمثل قيمته دلالة كالاجنبي (قوله ولا يرد بيع المريض من وارثه الخ) أقول بل يرد بان يقال اذا باع المريض من الاجنبي بالهبة ينبغي أن يجوز بيع المريض من وارثه باو بدونه أيضا فاجاب بقوله بخلاف ما اذا باع المريض من الوارث بمثل قيمته حيث لا يجوز فكيف بالهبة (قوله والظاهر عدم الواو في قوله وفي كلامه تعقيد) أقول فيه بحث

بمخلاف ما اذا باع المريض من الوارث بمثل قيمته حيث لا يجوز عنده لان حق بقية الورثة يتعلق بعينه أى عين مال الميت حتى كان لأحدهم الاستخلاص بأداء قيمته أما حق الغرماء فيتعلق بالمالية لا غير فافترا فأى المولى والمريض فى جواز البيع من المولى بمثل القيمة دون الوارث ثم بعد ذلك يذكروا قوله وان باع بنقصان لم يجز الخ وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله ان باعه بنقصان يجوز البيع ويخير المولى ان شاء أزال المحاباة بإيصال الثمن الى تمام القيمة وان شاء نقض البيع وتخصه صهما بهما هذا الحكم اختيار من المصنف لقول بعض المشايخ قيل والصحيح أنه قول الكل لان المولى بسبيل من تخلص كسبه لنفسه باقية بدون البيع فلا يكون له ذلك بالبيع أولى فصار العبد فى تصرفه مع مولاه كالمرضى المدينون فى تصرفه مع الأجنبي (قوله وعلى المذهبين) أى مذهب أبى حنيفة ومذهب صاحبيه اعتراض بين الحكم والدليل إيمان تساوى المحاباة (٣٥٠) بالسيرة والكثير فان على مذهب أبى حنيفة رضى الله عنه اذا باع من مولاه بنقصان

وبمخلاف ما اذا باع المريض من الوارث بمثل قيمته حيث لا يجوز عنده لان حق بقية الورثة يتعلق بعينه حتى كان لأحدهم الاستخلاص بأداء قيمته أما حق الغرماء يتعلق بالمالية لا غير فافترا وقال أبو يوسف ومحمد ان باعه بنقصان يجوز البيع ويخير المولى ان شاء أزال المحاباة وان شاء نقض البيع وعلى المذهبين السيرة من المحاباة والفاحش سواء ووجه ذلك أن الامتناع لدفع الضرر عن الغرماء وبهذا يدفع الضرر عنهم وهذا بخلاف البيع من الأجنبي بالمحابة السيرة حيث يجوز ولا يؤمر بأزالة المحاباة والمولى يؤمر به لان البيع بالسيرة منهما متردد بين التبرع والبيع لدخوله تحت تقويم المقومين فاعتبرناه تبرعا فى البيع مع المولى للتممة غير تبرع فى حق الأجنبي لانعدامها وبمخلاف ما اذا باع من الأجنبي بالكثير من المحاباة حيث لا يجوز أصلا عندهما ومن المولى يجوز ولا يؤمر بأزالة المحاباة لان المحاباة لا تجوز من العبد المأذون على أصلهما الا باذن المولى ولا إذن فى البيع مع الأجنبي وهو اذن بمباشرة بنفسه غير أن ازالة المحاباة لحق الغرماء وهذا الفرقان على أصلهما

يسير أو كثير لا يجوز فلا يخير وعلى مذهبهما يجوز ولكن يخير المولى (وجه ذلك) أى وجه الجواز مع التخيير (أن الامتناع) عن البيع بالنقصان (دفع الضرر عن الغرماء وبهذا يدفع الضرر عنهم وهذا) أى الذى ذكرناه من الجواز والتخيير (بمخلاف البيع من الأجنبي بالمحابة السيرة حيث يجوز ولا يؤمر بأزالة المحاباة والمولى يؤمر به لان البيع بالسيرة منهما) أى من المولى والأجنبي متردد بين التبرع والبيع أما التبرع فلما لا البيع عن الثمن فى قدر المحاباة وأما البيع (لادخوله تحت تقويم المقومين فاعتبرناه تبرعا فى البيع مع المولى للتممة غير تبرع فى حق الأجنبي لانعدامها وبمخلاف ما اذا باع

المولى بملك ما فى يد العبد المأذون ولو أحاطت ديونه بملكه ورقمته ولهذا الواضع من كسبه عبدا يعتق عندهما فكيف يتم القول بأن المولى كالأجنبي عن كسبه اذا كان عليه دين على أصلهما حتى يتمشى التعليل المذكور على قولهم جميعا فلي تأمل فى التوجيه (قوله وبمخلاف ما اذا باع المريض من الوارث بمثل قيمته حيث لا يجوز عنده) قال صاحب النهاية وهذا الخلاف متعلق بأول المسئلة وهو قوله واذا باع من المولى شيئا بمثل قيمته جاز هذا على تقدير أن وافى قوله وبمخلاف اه ورد عليه صاحب العناية حيث قال بعد نقل ذلك عنه وليس بصحيح لانه معطوف بلام معطوف عليه بل المناسب لذلك عدم الواو اه (أقول) بل قوله لانه معطوف بلام معطوف عليه ليس بصحيح فانه معطوف حينئذ على قوله وبمخلاف ما اذا حالى الأجنبي عند أبى حنيفة رجحه الله على أن يكون معنى الكلام وهاتان المسئلتان أعنى قول القدورى واذا باع من المولى شيئا بمثل قيمته جاز وقوله وان باعه بنقصان لم يجز ملاستان وبمخلاف ما اذا حالى الأجنبي وبمخلاف ما اذا باع المريض من الوارث بمثل قيمته لكن على التوزيع بطريق الف والنشر الغير المترتب أى المسئلة الثانية ملاسة وبمخلاف ما اذا حالى الأجنبي والمسئلة الاولى ملاسة وبمخلاف ما اذا باع المريض من الوارث بمثل قيمته لأن كلنا المسئلتين ملاستان بكلتا الخلافين فاذن

من الأجنبي بالكثير من المحاباة حيث لا يجوز عندهما أصلا لان المحاباة من العبد المأذون له لا تجوز على أصلهما يتحقق الا باذن المولى ولا إذن منه فى البيع مع الأجنبي وهو اذن بمباشرة بنفسه غير أن فيه ضرا بالغماء فيزال بأزالة المحاباة وهذا الفرقان (بلفظ التنبيه وفى بعض النسخ وهذا الفرقان قال فى النهاية ولكن الاول أصح لوجود هذين الفرقين على قولهما وكونه مبتدأ فى النسخ الصحيحة والمراد بالفرق بين المولى والأجنبي فى حق المحاباة السيرة حيث يؤمر المولى بأزالة المحاباة والأجنبي والفرق بينهما فى الكثيرة حيث لا تجوز عندهما مع الأجنبي أصلا ولا تجوز مع المولى ولا يؤمر بالأزالة وأما أبو حنيفة رجحه الله على رواية هذا الكتاب فليس يحتاج الى ذلك لانه لا يجوز فى البيع مع المولى شيئا من المحاباة وانما يحتاج الى الفرق بين المولى والأجنبي فى جواز البيع مع الأجنبي مطلقا ومع المولى بمثل القيمة وقد ذكرناه فى صدر الكلام

(قوله فافترا فأى المولى والمريض) أقول الظاهر أن يقال أى العبد والمريض

قال (وان باعه المولى شيئاً) كلامه ظاهر الى قوله فان سلم المبيع اليه أى العبد قبل قبض الثمن بطل الثمن وتقرر برده لان حق المولى ثابت في العين من حيث الحبس لعدم تعلق حقه بمالية العين بعد البيع والثابت في العين من حيث الحبس سقط بالتسليم فحق المولى سقط به فلو فرض بقاء حقه بعد سقوطه لكان ذلك في الدين لكونه في مقابلة العين والمولى لا يستوجب عليه على عبده حتى لو أنلف شيئاً من ماله لم يضمن بخلاف ما اذا كان الثمن عرضاً فان المولى يستوجب عليه وهو أحق به من الغرماء لانه يملكه بعينه بالعقد ويجوز أن يكون عين ملكه في يد غيره كالأودع عند عبده شيئاً أو غصبه منه (وان أمسك المولى المبيع في يده حتى يستوفي الثمن جازله لانه بائع والبائع حق الحبس في المبيع ولهذا كان هو أخص به من الغرماء) فان قيل فعلى هذا التقدير استوجب ديناً في ذمة العبد حتى حبس المبيع لاجله وهو لا يستوجب عليه على ما قلتم أنفاً أجاب بقوله (وجاز أن يكون (٣٥١) للمولى حق في الدين اذا تعلق بالعين)

يعني يجوز أن يستوجب على عبده ديناً اذا كان ذلك الدين متعلقاً بالعين كالمكاتب فان المولى استوجب عليه بدل الكتابة وهو دين لما تعلق برقبته وهذا لان البيع قبل التسليم يزيل العين عن ملك البائع ولا يزيل يده مالم يستوف الثمن فاذا كانت اليد باقية تعلق حقه بالعين من حيث هي وبالدين من حيث تعلقه بالعين (ولو باعه بأكثر من قيمته جاز لكنه يخير بين ازاله المحاباة ونقض البيع كما بينا في جانب العبد) سواء كانت يسيرة أو كثيرة (لان الزيادة تعلق بها حق الغرماء) قال في النهاية هذا على اختيار صاحب المسوط وأما على

قال (وان باعه المولى شيئاً بمثل القيمة أو أقل جاز البيع) لان المولى أجنبي عن كسبه اذا كان عليه دين على ما بيناه ولا تهمة في هذا البيع ولانه مفيد فانه يدخل في كسب العبد مالم يكن فيه ويتمكن المولى من أخذ الثمن بعد أن لم يكن له هذا التمكّن وصحة التصرف تتبع الفائدة (فان سلم المبيع اليه قبل قبض الثمن بطل الثمن) لان حق المولى في العين من حيث الحبس فلو بقي بعد سقوطه يبق في الدين ولا يستوجب عليه المولى على عبده بخلاف ما اذا كان الثمن عرضاً لانه يتعين وجاز أن يبقى حقه متعلقاً بالعين قال (وان أمسكه في يده حتى يستوفي الثمن جاز) لان البائع له حق الحبس في المبيع ولهذا كان أخص به من الغرماء وجاز أن يكون للمولى حق في الدين اذا كان يتعلق بالعين (ولو باعه بأكثر من قيمته يؤمر بإزالة المحاباة أو بنقض البيع) كما بينا في جانب العبد لان الزيادة تعلق بها حق الغرماء (واذا أعتق المولى المأذون وعليه ديون فعتقه جاز) لان ملكه فيه باق والمولى ضامن لقيمة الغرماء لانه أنلف ما تعلق به حقهم بيعاً واستيفاءً منه (وما بقي من الديون يطالب به بعد العتق) لان الدين في ذمته وما لزم المولى الا بقدر ما أنلف ضمناً فبقي الباقي عليه كما كان (فان كان أقل من قيمته ضمن الدين لا غير) لان حقهم بقدره بخلاف ما اذا أعتق المدبر وأم الولد المأذون لهما وقد ركبتهما ديون لان حق الغرماء لم يتعلق برقبتهما استيفاءً بالبيع فلم يكن المولى متلفاً حقهم فلم يضمن شيئاً

يتحقق المعطوف عليه ويصح المعنى كما لا يخفى ثم ان في تصحيح العطف على تقدير الواو توجيهاً آخر أشار اليه صاحب معراج الدراية حيث قال قوله وبخلاف ما اذا باع المريض متعلق بأول المسئلة ومعطوف على قوله وان باعه بنقصان لم يجز من حيث المعنى تقدير الكلام وان باع من المولى بمثل قيمته جاز بخلاف ما اذا باع بالنقصان حيث لم يجز وبخلاف ما اذا باع المريض هذا على تقدير الواو في قوله وبخلاف اهـ والعجب أن صاحب العناية وان لم يطلع على ما ذكرناه أولاً من التوجيه الوجهية إلا أن الظاهر أنه قد رأى توجيه صاحب معراج الدراية ومع ذلك جزم بأنه معطوف بلام معطوف عليه بدون أن يبين الفساد في توجيه صاحب معراج الدراية نعم في توجيهه عمل لا يخفى ولكن لا يخفى أيضاً أنه ليس بأبعد وأقبح مما اختاره صاحب العناية نفسه حيث قال والظاهر عدم الواو بجعله متعلقاً بأول المسئلة وفي كلامه تعقيد الى آخر ما ذكره كأسياً في نقله وبيان حاله وقال صاحب النهاية بعد كلامه

رواية صاحب الكتاب وهو رواية مبسوط شيخ الاسلام رحمه الله فان هذا البيع لا يجوز عند أبي حنيفة رحمه الله أصلاً بما ذكر في جانب العبد قال (واذا أعتق المولى) عبده (المأذون) له (وعليه ديون) لزمته بسبب التجارة أو الغصب أو بخود الوديعة أو أنلف المال (فاعتاقه جاز لبقاء ملكه فيه وهو ضامن للغرماء قيمته) بالغة ما بلغت اذا كان الدين مثلاً أو أكثر منها علم بالدين أول يوم له (لانه أنلف ما تعلق به حقهم بيعاً واستيفاءً منه) وضمان الاتلاف لا يختلف بالعلم وعدمه ولا يوجب أزيد من مقدار ما أنلفه (فبقي الباقي عليه كما كان) ويطالب به بعد العتق (فان كان الدين أقل من قيمته غنم الدين لا غير لان حقهم بقدره بخلاف ما اذا أعتق المدبر) على ما ذكره وهو واضح

(قوله وأما على رواية صاحب الكتاب) أقول يعني القدوري

السابق ويجوز أن يكون بدون الواو فيعلق بحكم قوله المتصل به وهو قوله بخلاف ما إذا حاي الأجنبي
 أي أنه يجوز في كل حال أعني إذا كانت المحاباة بسيرة أو فاحشة أو كان البيع بمثل القيمة وبيع المريض
 من وارثه لا يجوز عند أي حنيقة في كل حال من هذه الأحوال وهذا الوجه ولكن النسخة بالواو تأباه
 اه كلامه وزد عليه صاحب العناية كلامه هذا أيضا حيث قال بعد نقله أيضا عنه قلت ذلك الوجه من
 حيث اللفظ بالقرب دون المعنى لأن المفهوم من قوله بخلاف ما إذا حاي الأجنبي جواز المحاباة معه
 مطلقا ولا يرد بيع المريض من وارثه بمثل القيمة أشكالا عليه حتى يحتاج إلى الجواب اه (أقول) ليس
 هذا أيضا واردا لأنه كما يفهم من قوله بخلاف ما إذا حاي الأجنبي جواز المحاباة معه مطلقا كذلك يفهم
 منه جواز بيعه منه بمثل القيمة غير أن الأول مفهوم بالعبارة والثاني مفهوم بالدلالة لأنه إذا جازت المحاباة
 معه فلا نجاز البيع منه بمثل القيمة أولى كما لا يخفى وعن هذا قال صاحب العناية في تفسير قوله بخلاف
 ما إذا حاي الأجنبي أي أنه يجوز في كل حال أعني إذا كانت المحاباة بسيرة أو فاحشة أو كان البيع بمثل
 القيمة فإذا انجذبت المطالبة بالفرق بين بيع العبد من الأجنبي وبين بيع المريض من الوارث حيث
 جاز الأول دون الثاني مع أن في كل منهما تعلق حق الغير بالمبيع فاحتاج إلى الجواب عنها بقوله بخلاف
 ما إذا باع المريض من الوارث بمثل قيمته حيث لا يجوز عنده لأن حق بقية الورثة تعلق بعينه يعني أنه
 لا يجوز عنده بيع المريض من الوارث بمثل قيمة المبيع بناء على تعلق حق الغير بعينه فكيف يجوز بيعه
 منه بالمحابة وقد سلك ههنا أيضا مسلك الدلالة فلا محذور في ترك الواو من حيث المعنى على تقدير أن يجعل
 قوله المذكور متعلقا بحكم قوله المتصل به وقال تاج الشريعة قلت ينبغي أن يأتي بالمسئلة بلا واو لأنه أول
 مسئلة موروثة نقضا على مسئلة الكتاب دون قوله بخلاف ما إذا حاي الأجنبي لأنه لبيان الفرق بين
 ما إذا باعه من المولى بنقصان لم يجز ومع الأجنبي جاز وإنما أدخل الواو فيه لئلا يتوهم أنه نقض على
 بيع المريض من الأجنبي بالمحابة فأدخل الواو لدفع هذا الوهم اه (أقول) ليس هذا بسيدي أما أولا
 فلا ن قوله لأنه أول مسئلة موروثة نقضا على مسئلة الكتاب دون قوله بخلاف ما إذا حاي الأجنبي لأنه
 لبيان الفرق بين ما إذا باعه من المولى بنقصان لم يجز ومع الأجنبي جاز كلام خال عن التحصيل لأن مسئلة
 الكتاب ههنا اثنتان أولا ما قوله وإذا باع من المولى شيئا بمثل قيمته جاز وأخرا ما قوله وإن باعه
 بنقصان لم يجز فكما أن قوله بخلاف ما إذا باع المريض من الوارث بمثل قيمته لدفع توهم انتقاض المسئلة
 الأولى بمسئلة بيع المريض من الوارث بمثل القيمة كذلك قوله بخلاف ما إذا حاي الأجنبي لدفع توهم
 انتقاض المسئلة الأخرى بمسئلة محاباة المأذون مع الأجنبي وكما أن قوله بخلاف ما إذا حاي الأجنبي
 لبيان الفرق بين ما إذا باع المأذون من مولا شيئا بنقصان وبين ما إذا باعه من الأجنبي بنقصان كذلك
 قوله وبخلاف ما إذا باع المريض من الوارث بمثل قيمته لبيان الفرق بين ما إذا باع المأذون من مولا شيئا
 بمثل قيمته وبين ما إذا باعه المريض من وارثه بمثل قيمته فإن أراد تاج الشريعة بقوله المذكور أن الأولى
 من المسلتين المزبورتين مسئلة الكتاب أي مختصر القدوري دون الأخرى منهم فليس بصحيح إذ كلاهما
 مسلتان منذ كورتان معا في مختصر القدوري وإن أراد بذلك أنهم ما وإن كانتا عامستين الكتاب إلا
 أن قوله وبخلاف ما إذا باع المريض الخ لدفع توهم الانتقاض دون قوله بخلاف ما إذا حاي الأجنبي
 فإنه لبيان الفرق فليس بصحيح أيضا لأن دفع توهم الانتقاض إنما يكون ببيان الفرق فقصد أحدهما
 يستلزم قصد الآخر على أنه لا تأثير لهذا المعنى في إثبات المسئلة بلا واو كما لا يخفى على الفطن فلا يثبت
 مدعاه وإن أراد به أن قوله وبخلاف ما إذا باع المريض متعلق بأولى مسلتين الكتاب وقوله وبخلاف ما إذا
 حاي الأجنبي متعلق بأخرهما فلا معنى للواو فيما يتعلق بالأولى قلنا قد تقررت في علم الأدب أن الواو
 لمطلق الجمع لا ترتيب فيها قد خولها لا يقتضي التأخر لا في الوقوع ولا في التعلق فلا محذور في إثبات الواو

قال (وان باعه المولى وعليه ديون تحيط برقبته وقبضه المشتري وغيبه) معناه باعه بئمن لا يني بدونهم بدون اذن الغرماء والدين حال (فان) شاء الغرماء ضمنوا البائع قيمته وان شاؤوا ضمنوا المشتري لان حقهم تعلق بالعبد حتى كان لهم ان يبيعوه الا ان يقضى المولى دينهم) وقد اختلفوا اما البائع فبالبيع والتسليم واما المشتري فبالقبض والتغيب فيخبر الغرماء في التضمين وانما يكف بمجرد البيع والشراء لانهما لا يضمنان بمجردهما بل بتغيب ما فيه حق الغرماء وهو العبد لانهم يستسعونه او يبيعونه كما يريدون وذلك انما يقوت بالتسليم والتغيب لا بمجرد البيع والشراء (وان شاؤا أجاز والبيع وأخذوا الثمن لان الحق لهم (٣٥٣) فلهم الاجازة لان الاجازة الا لا حقة كالاذن السابق) ولو كان

البيع باذنهم لم يكن هناك ضمان فكذا اذا أجازوا وكذا اذا كان الثمن وفي بدونهم ووصل اليهم فليس لهم تضمين البائع على ما سيجيء وكذا اذا كانت الديون على المأذون مؤجلة الى أجل فباعه المولى بأكثر من قيمته أو بأقل منها حاز بيعه وليس لهم حق المطالبة حتى يحل دينهم فان حل ضمنوه قيمته لانه أئلف عليهم محل حقهم وهو المالية وهذه فوائد القيود المذكورة وقوله (كافي المراهون) يعني أن المراهين اذا باع المراهون بدون اجازة المبرهن ثم أجاز المبرهن جاز البيع لان الاجازة في الانتهاء كالاذن في الابتداء (فان ضمنوا البائع قيمته ثم رد على المولى الخ) معناه اذا قبله بقضاء لان القاضي اذا رده فقد فسخ العقد بينهم ما فعد الى الحال الاولى وهو ظاهر ولكن بقي شيء وهو ان حقهم كان في بيع

قال (وان باعه المولى وعليه دين يحيط برقبته وقبضه المشتري وغيبه فان شاء الغرماء ضمنوا البائع قيمته وان شاؤوا ضمنوا المشتري) لان العبد تعلق به حقهم حتى كان لهم ان يبيعوه الا ان يقضى المولى دينهم والبائع متلف حقهم بالبيع والتسليم والمشتري بالقبض والتغيب فيخبرون في التضمين (وان شاؤا أجازوا البيع وأخذوا الثمن) لان الحق لهم والاجازة الا لا حقة كالاذن السابق كافي المراهون (فان ضمنوا البائع قيمته ثم رد على المولى بعيب للمولى أن يرجع بالقيمة ويكون حق الغرماء في العبد) لان سبب الضمان قد زال وهو البيع والتسليم وصار كالمغاصب اذا باع وسلم وضمن القيمة ثم رد عليه بالعيب كان له أن رد على المالك ويسترد القيمة كذا هذا

هنا أصلا وأما فانيا فلان قوله وانما أدخل الواو فيه لثلاثتهم أنه نقض على بيع المريض من الأجنبي بالحاجة فأدخل الواو لدفع هذا الوهم ليس بتام أيضا لانه اذا كان الواو فيه للعطف كما هو الظاهر المتبادر فان كان المحل صالحا للعطف فمعنى قوله من قبل ينبغي أن يأتي بالمسئلة بلا واو لانه أول مسئلة مودة نقضا على مسئلة الكتاب وان لم يكن صالحا فكيف يصح ادخال واو العطف فيما لا يصلح للعطف لمجرد دفع توهم شيء وان لم يكن الواو للعطف فن أين يدفع ذلك التوهم وقال صاحب العناية والظاهر عدم الواو بحمله متعلقا بأول المسئلة وفي كلامه تعقيد وتقدير كلامه هكذا وان باع من المولى شيئا بعين القيمة جاز لانه كالأجنبي عن كسبه اذا كان عليه دين بخلاف ما اذا باع المريض من الوارث بعين قيمته حيث لا يجوز عنده لان حق بقية الورثة تعلق بعينه أي عين مال الميت حتى كان لا تجدهم الاستخلاص بأداء قيمته أما حق الغرماء فباعتق بالمالية لا غير فافتقر أي المولى والمريض في جواز البيع من المولى بمثل القيمة دون الوارث ثم بعد ذلك يذكر قوله وان باع بنقصان لم يجز الخ اه كلامه (أقول) لا يخفى على ذي فطرة سليمة أن جعل الظاهر ههنا عدم الواو وبناءه على حل كلام المصنف على مثل هذا التعقيد القبيح عدول عن سنن الصواب وخروج عن دائرة الانصاف ولعل هذا أقبح الاحتمالات المذكورة في حل هذا المحل ثم ان في تقريره خلافا آخر فانه قال في تفسير قول المصنف فافتقر أي المولى والمريض وكان الصواب أن يقول أي العبد والمريض كما لا يخفى على المتأمل والمجرب أنه قال بعد ذلك في جواز البيع من المولى بمثل القيمة دون الوارث فيقول المعنى على هذا الى أن يقال في جواز بيع المولى من المولى دون جواز بيع المريض من الوارث ولا يخفى ما فيه (قوله وان باعه المولى وعليه ديون تحيط برقبته وقبضه المشتري وغيبه فان) شاء الغرماء ضمنوا البائع قيمته وان شاؤوا ضمنوا المشتري (قال الشراح انما قيد بسبب ضمان كل واحد من البائع والمشتري بما ذكر من التسليم والتغيب ولم يكف بمجرد البيع والشراء لانهم لا يضمنان بمجردهما بل بتغيب ما فيه حق الغرماء وهو العبد لانهم يستسعونه أو يبيعونه كما يريدون وذلك انما يقوت بالتسليم والتغيب لا بمجرد البيع والشراء اه (أقول) لقائل أن يقول فاذن ينبغي أن يكون الضمان

(٤٥ - تكمله سابق) العبد والمولى قدر دفع عنهم المؤنة فلا يجب عليه الضمان كالوصي اذا باع التركة بغير اذن الغرماء وأوجب عن ذلك بأن حقهم لم ينحصر في البيع بل لهم الاستسعاء وقد فوات بالبيع وحق الغرماء منحصر في بيع التركة فافتقر

(قوله لانهم يستسعون الخ) أقول وعلى هذا في التعليل الذي ذكره المصنف قصور (قوله فاذا حل ضمنوه الخ) أقول فيه تأمل (قوله) وأوجب عن ذلك بأن حقهم لم ينحصر الخ) أقول قد علم هذا الجواب مما سبق في آخر الصحيفة السابقة وتكراره لا فائدة للفرق مع الوصي

قال (ولو كان المولى باعه من رجل وأعلمه بالدين) إذا قال المولى هذا العبد الذي أبيعته مديون يريد به سقوط خيار المشتري في الرد بعيب الدين ليكون البيع بينهما لازماً فلا يلزم الرجوع في حق الغرماء (فلهم أن يردوا البيع لتعلق حقهم وهو حق الاستسعاء والاستيفاء من رقبته) به وكالة بمحذوفة من المتن (وفي كل منهما فائدة فالأول) يعني الاستسعاء (تام مؤخر والثاني ناقص) أن لم يف بديونهم (مجمل وبالبيع تفوت هذه الخيرة فلماذا كان لهم أن يردوه قال المشايخ تأويله إذا لم يصل اليهم الثمن فإن وصل ولا محاباة في البيع ليس لهم أن يردوه لموصول حقهم اليهم) (٣٥٤) قيل في عبارة تسامح لأن وصول الثمن اليهم مع عدم المحاباة في البيع لا يستلزم

قال (ولو كان المولى باعه من رجل وأعلمه بالدين فللغرماء أن يردوا البيع) لتعلق حقهم وهو حق الاستسعاء والاستيفاء من رقبته وفي كل واحد منهما فائدة فالأول تام مؤخر والثاني ناقص مجمل وبالبيع تفوت هذه الخيرة فلماذا كان لهم أن يردوه قالوا تأويله إذا لم يصل اليهم الثمن فإن وصل ولا محاباة في البيع ليس لهم أن يردوه لموصول حقهم اليهم

في هذه المسئلة على المشتري فقط فإن تعيب العبد الذي فيه حق الغرماء انما وقع منه دون البائع ولو لا التعيب لا يمكن لهم أن يردوا البيع فيستعصون العبد أو يبيعهونه فلا ضمان حينئذ على أحد كما سيحى في المسئلة الآتية فإن قلت تعيب ذلك العبد وان وقع من المشتري دون البائع الآن في البائع أيضاً سببية له إذ لو لا بيعه وتسليمه لما غيبه المشتري قلت نعم الآن سببية ذلك بعينه وقد قرر عندهم ومن اراد أن الحكم يضاف الى أقرب الاسباب فتأمل ثم ان صاحب العتابة قال ولكن بقي شيء وهو أن حقهم كان في بيع العبد والمولى قد دفع عنهم المؤنة فلا يجب عليه الضمان كالوصي اذا باع التركة بغير إذن الغرماء وأجيب عن ذلك بأن حقهم لم ينحصر في البيع بل لهم الاستسعاء وقد فأت بالبيع وحق الغرماء منحصر في بيع التركة فافترقا اه كلامه (أقول) لا يتجه السؤال المذكور على مسئلتنا هذه أصلاً لأن وضعها فيما اذا كان عن العبد أقل من قيمته وأما اذا كان ثمنه أكثر من قيمته أو مساوياً لها فلا يثبت للغرماء الخيار بين الاشياء الثلاث المذكورة في هذه المسئلة بل يتعين لهم اذذاك اجازة البيع وأخذ الثمن لعدم الفائدة في التضمن وقد صرح بذلك كثير من النفاة منهم تاج الشريعة حيث قال وهذا الخيار اذا كان الثمن أقل من القيمة أما اذا كان أكثر أو مساوياً فلا خيار لهم اه ومنهم صاحب الغاية حيث قال بعد ذلك كتمام المسئلة وبيان أنه لفظ محدد في الجامع الصغير هذا اذا باعه بأقل من قيمته فأما اذا باعه بقيمته أو بأكثر من قيمته وقبض وهو في يده فلا فائدة في التضمن ولكن يدفع الثمن اليهم اه فإذا كانت مسئلتنا هذه فيما اذا كان عن العبد الذي باعه المولى به أقل من قيمته لم يتجه أن يقال ان حقهم كان في بيع العبد والمولى قد دفع عنهم المؤنة فلا يجب عليه الضمان لان حقهم كان في بيع العبد بقيمته والمولى قد باعه بأقل مما أتفق وقصر وعدى فوجب عليه الضمان قطعاً * ثم أقول في الجواب المذكور نظراً لان حاصله أن سبب وجوب الضمان على المولى تفويته حق الاستسعاء للغرماء ببيع العبد ومقتضى هذا أن يجب على المولى ضمان الديون بالتام دون ضمان قيمة العبد فقط لانهم كان لهم أن يستعصوا العبد في جميع ديونه لهم لافي مقدار قيمته فقط وقد فأت بالبيع والتعيب حق الاستسعاء بالكلية فينبغي أن يضمن البائع والمشتري جميع ما فوتاه وهو جميع ما يمكن استيفاءه بالاستسعاء من الديون ولم يقل به أحد وانما الذي قالوا به أن يجب عليهم ما ضمان مقدار قيمة العبد لا غير قدر (قوله قالوا تأويله إذا لم يصل اليهم الثمن فإن وصل ولا محاباة في البيع ليس لهم أن يردوه لموصول حقهم اليهم) قال صاحب

نفي الرد لجواز أن يصل اليهم الثمن ولا محاباة في البيع لكن لا يفي الثمن بديونهم فيبقى لهم ولاية الرد والاستسعاء في الديون وأجيب بأنهم قد رضوا بسقوط حقهم حيث قبضوا الثمن فلم يبق لهم ولاية الرد وفيه نظر لانه يذهب بنائدة قوله ولا محاباة في البيع فانهم اذا قبضوا الثمن ورضوا بسقوط حقهم وان كان فيه محاباة ولعل الصواب أن يقال قوله ولا محاباة في البيع معناه أن الثمن يفي بديونهم بدليل قوله والثاني ناقص مجمل فانه انما يكون ناقصاً اذا لم يفي بالديون فان قيل اذا باع المولى عبده الجاني بعد العلم بالجناية كان مختاراً للفساد فما بال هذا لا يكون مختاراً للقضاء الديون من ماله أجيب بأن موجب الجناية الدفع على المولى فاذا تعذر عليه بالبيع طوبى به لبقاء الواجب عليه وأما الدين فهو واجب في ذمة العبد بحيث لا يسقط عنه بالبيع والاعتاق حتى يؤاخذ به بعد العتق فلما كان كذلك كان البيع من المولى منزلة أن يقول أنا أقضي دينه وذلك عدة منه بالتبرع فلا يلزمه وفيه نظر لان قوله أنا أقضي دينه يحتمل الكفالة فلم يتعين عدة والجواب أن العدة أدنى الاحتمالين فيثبت به إلا أن يقوم الدليل على خلافه

النهاية

المولى كان البيع من المولى

بجحت لا يسقط عنه بالبيع والاعتاق حتى يؤاخذ به بعد العتق فلما كان كذلك كان البيع من المولى منزلة أن يقول أنا أقضي دينه وذلك عدة منه بالتبرع فلا يلزمه وفيه نظر لان قوله أنا أقضي دينه يحتمل الكفالة فلم يتعين عدة والجواب أن العدة أدنى الاحتمالين فيثبت به إلا أن يقوم الدليل على خلافه

(قوله ولعل الصواب أن يقال قوله ولا محاباة في البيع الخ) أقول فان قيل كيف يدفع هذا الذهاب بفائدة قوله ولا محاباة قلنا لان الوصول لا يستلزم القبض فانه يكون باحضر الثمن والتخليه بينهم وبينه فلي تأمل (قوله بدليل قوله والثاني الخ) أقول دلالتها لا تخالو عن خفاء

قال (فان كان البائع غائباً فلا خصومة بينهم وبين المشتري) معناه اذا أنكر الدين وهذا (عند أبي حنيفة) ومحمد وقال أبو يوسف المشتري خصمهم ويقضى لهم بدینهم) وعلى هذا الخلاف اذا اشترى داراً ووهبها وسلمها وغاب ثم حضر الشفيع فالموهب له ليس بخصم عندهما خلافاً له وعنهما مثل قوله في مسألة الشفعة لا يوجب أن يدعى المثلث لنفسه فيكون خصماً لكل من ينازعه ولهما أن الدعوى تتضمن فسخ العقد وقد قام بهما فيكون الفسخ قضاءً على الغائب

النهاية في هذا اللفظ فوع نظر اذا كان من حقه أن يقال وتأويله اذا باع بمن لا يني بدینهم كما هو المذکور في باب جنابة العبد من كتاب الجامع الكبير لنحو الاسلام وما دوني الجامع الصغير لقاضيان والذخيرة وذلك لانه اذا لم يكن في البيع محاباة ولكن الثمن كان لا يني بدینهم كان لهم أن يردوا والبيع لقوات حقه في الاستسعاء فيمابق من ديونهم على العبد وبما ذكر في الكتاب لا يحصل هذا المعنى وهو انسداد باب الرد لهم لانه يحتمل أن لا يني الثمن بدینهم وان لم يكن في البيع محاباة فتبقى لهم ولاية الرد لاستسعاء باقي الديون اللهم إلا أن يريد بقوله فان وصل ولا محاباة في البيع رضا الغرماء بأخذهم الثمن فانهم لما أخذوا الثمن كانوا راضين بالبيع فيسد حينئذ باب الرد ولكن احتمال ارادة احضار الثمن والتخلى بينهم وبين الثمن بلفظ الوصول باق فلا ينتقض ذلك اللفظ حينئذ بياناً لانسداد باب الرد لهم من كل وجه فكانت المعقول ما ذكره الامام قاضيان في جامعهم بقوله وتأويله اذا باع بمن لا يني بدینهم لانهم كان لهم حق الاستسعاء الى أن يصل اليهم ديونهم وبعد البيع لا يمكنهم الاستسعاء في ملك المشتري فكان لهم أن ينقضوا البيع وان كان في الثمن وفاء بدینهم لم لا يكون لهم ولاية نقض البيع الى هنا كلام صاحب النهاية وقد نقله صاحب معراج الدراية بعين عبارته وأما صاحب العناية فتقله بطريق الاجال وأورد النظر على الجواب حيث قال قيل في عبارته تسامح لان وصول الثمن اليهم مع عدم المحاباة في البيع لا يستلزم نفي الرد لجواز أن يصل اليهم الثمن ولا محاباة في البيع لكن لا يني الثمن بدینهم فيبقى لهم ولاية الرد والاستسعاء في الديون وأجيب بأنهم قد رضوا بسقوط حقهم حيث قبضوا الثمن فلم يبق لهم ولاية الرد وفيه نظر لانه يذهب بفائدة قوله ولا محاباة في البيع فانهم اذا قبضوا الثمن ورضوا بسقوط حقهم وان كان فيه محاباة الى هنا كلامه (أقول) أولاً في الجواب المذکور نظراً آخر وهو أنه لو كان مراد المصنف بقوله فان وصل ولا محاباة في البيع ما ذكر في ذلك الجواب لما تم تعديله بقوله لوصل حقه هم اليهم فانه اذا لم يكن في الثمن وفاء بدینهم لم يصل اليهم حقهم بالتام ووصول بعض حقهم اليهم لم يفسد شيئاً في نفي ردهم البيع كما بين في السؤال بل كان حق التعليل حينئذ أن يقال لرضاهم بسقوط حقهم * وأقول ثانياً يمكن الجواب عن النظر الذي أورده صاحب العناية بأن فائدة قوله ولا محاباة في البيع حينئذ هي أن لهم أن يقولوا في صورة المحاباة انما قبضنا الثمن على اعتقاد أن لا محاباة في البيع فاذا علمنا المحاباة فيه لا نرضى به بل نرد البيع فتبيع العبد بتمام القيمة بخلاف ما اذا لم يكن في البيع محاباة فانه لا يتم في فيه ذلك العذر فاقترعا ثم قال صاحب العناية ولعل الصواب أن يقال قوله ولا محاباة في البيع معناه أن الثمن يني بدینهم بدليل قوله والثاني ناقص محتمل فانه انما يكون ناقصاً اذا لم يف بالديون اهـ (أقول) وفيه نظر أما أولاً فلا تملو كان معنى قوله ولا محاباة في البيع أن الثمن يني بدینهم لانه يذهب بفائدة قوله فان وصل في قوله فان وصل ولا محاباة وفائدة قوله اذا لم يصل اليهم الثمن في قوله وتأويله اذا لم يصل اليهم الثمن اذا لشد أن الثمن اذا كان يني بدینهم لم يكن لهم أن يردوا البيع سواء وصل اليهم الثمن أو لم يصل اذا لا يني لهم حينئذ حق الاستسعاء بل يتعين حق الاستيفاء من رقبته فلا تنصو وفائدة في الرد فلا يثبت لهم الطيرة وأما ثانياً فلا تملو معنى انتفاء المحاباة في البيع ليس عين معنى وفاء الثمن بدینهم وهو ظاهر وأن أحدهما لا يستلزم الآخر أصلاً لجواز

(فان كان البائع غائباً فلا خصومة بينهم وبين المشتري) اذا أنكر الدين عند أبي حنيفة ومحمد رحمه الله وانما قيد بالانكار لان المشتري اذا أقرب بدینهم وصدقهم في الدعوى كان لهم أن يردوا البيع بلا خلاف (وقال أبو يوسف رحمه الله المشتري خصمهم ويقضى لهم بدینهم) لانه يدعى الملك لنفسه فيكون خصماً لكل من ينازعه فيمابق يده (ولهما أنه لو جعل خصماً لا دعوى عليه والدعوى تتضمن فسخ العقد والعقد قد قام بهما فيكون الفسخ قضاءً على الغائب) قال فخر الاسلام رحمه الله وعلى هذا الخلاف اذا اشترى رجل داراً لها شفيع ثم وهبها لرجل وسلمها اليه وغاب الواهب ثم حضر الشفيع فان الموهب له ليس بخصم عندهما خلافاً له وعنهما وهو رواية ابن سماعة مثل قوله في هذه المسئلة

قال (ومن قدم مصرا) رجل قدم مصرا وقال أنا عبد لفلان فاشتري وباع لزمه كل شيء من التجارة لأنه أن أخبر أنه مأذون له فأخبره دلائل عليه وإن لم يخبر فتصرفه (٣٥٦) دليل على أنه وهو استحسان والقياس أن لا يقبل قوله لأنه أخبر بشيئين أحدهما أنه أخبر أنه

قال (ومن قدم مصرا) وقال أنا عبد لفلان فاشتري وباع لزمه كل شيء من التجارة) لأنه أن أخبر بالاذن فالأخبار دليل عليه وإن لم يخبر فتصرفه دليل عليه إذا الظاهر أن المجبور يجري على موجب جبره والعمل بالظاهر هو الأصل في المعاملات كي لا يضيق الأمر على الناس (الأنه لا يباع حتى يحضر مولاه) لأنه لا يقبل قوله في الرقبة لأنها خالص حق المولى بخلاف الكسب لأنه حق العبد على ما بينا (فإن حضر فقال هو مأذون يبيع في الدين) لأنه ظاهر الدين في حق المولى (وإن قال هو مجبور فالقول قوله) لأنه متمسك بالأصل

أن تنتفي المحابة في البيع ولا يني الثمن بدوهم وجواز أن يني الثمن بدوهم - ولا تنتفي المحابة فلم يصح أن يكون معنى قوله ولا محابة في البيع أن الثمن يني بدوهم - لا بحسب الحقيقة وهو ظاهر ولا بحسب التجوز والكتابة لعدم العلاقة الصحيحة لذلك بينهما (قوله ومن قدم مصرا) قال أنا عبد لفلان فاشتري وباع لزمه كل شيء من التجارة لأنه أن أخبر بالاذن فالأخبار دليل عليه وإن لم يخبر فتصرفه دليل عليه) قال في النهاية أي فتصرفه دليل على أنه مأذون في التجارة وقال هذا الذي ذكره جواب الاستحسان وأما جواب القياس فإن لا يقبل قوله لأنه أخبر عن شيئين أحدهما أنه مملوك وهذا إقرار على نفسه والثاني أخبر أنه مأذون في التجارة وهذا إقرار على المولى وإقراره عليه لا يصلح حجة وأما وجه الاستحسان فاذكره في الكتاب اه واقتني أثره صاحب العناية في شرح هذا المقام أن ذلك (أقول) تحرير هذا المحل على هذا النوال لا يتخلو عن الاختلال فإن قوله ما في تقرير وجه القياس والثاني أخبر أنه مأذون في التجارة وهذا إقرار على المولى غير متمم في أحد شي هذه المسئلة وهو ما إذا لم يخبر بالاذن إذا لا أخبار من العبد في هذه الصورة فلا إقرار على المولى فيها وأما جعل الأخبار في قوله ما والثاني أخبر أنه مأذون في التجارة أعم من الأخبار الحقيقية والحكمي وادعاء أن في ذلك الشق أخبارا حكيميا عن كونه مأذونا وهو تصرفه تصرف المأذون فتمتعلا جدا كما لا يخفى فالأولى ههنا تحرير صاحب الكافي فإنه جعل هذه المسئلة على وجهين وذكر لكل واحد منهما ما وجه قياس وجه استحسان على الاستقلال حيث قال والمسئلة على وجهين أحدهما أن يخبر أن مولاه أذن له فيصدق استحسانا عدلا كان أو غير عدل والقياس أن لا يصدق لأنه مجرد دعوى منه فلا يصدق إلا بحجة لقوله عليه الصلاة والسلام البيعة على المدعى وجه الاستحسان أن الناس تعاملوا بذلك واجماع المسلمين حجة يخص بها الأثر ويترك بها القياس والنظر ولأن في ذلك ضرورة وبإولى فإن الاذن لابد منه لصحة تصرفه وإقامة الحجة عند كل عقد غير ممكن والأصل أن ما ضاق على الناس أمره اتسع حكمه وماعت بليته سقطت قضيته وثانيها أن يبيع ويشترى ولا يخبر بشيء والقياس فيه أن لا يثبت الاذن لأن السكوت محتمل وفي الاستحسان يثبت لأن الظاهر أنه مأذون لأن أمور المسلمين محمولة على الإصلاح ما أمكن ولا يثبت الجواز إلا بالاذن فوجب أن يحمل عليه والعمل بالظاهر هو الأصل في المعاملات دفعا للضرر عن الناس والقياس أن يشترط عدالة المخبر لأن الحجة خبر العدل وفي الاستحسان لا يشترط للضرورة أو البلى إلى هنا كلامه واقتني أثره صاحب معراج الدراية في شرح هذا الكتاب والامام الزليعي في شرح الكنز (قوله الأنه لا يباع حتى يحضر مولاه) لأنه لا يقبل قوله في الرقبة لأنها خالص حق المولى بخلاف الكسب لأنه حق العبد على ما بينا (أقول لقائل أن يقول إن أراد بقوله لأنها خالص حق المولى أنه ليس فيها حق العبد ولا حق الغرماء فهو ممنوع إذ قد تقر رقيما أن حق الغرماء يتعلق برقبة العبد المأذون حتى كان لهم أن يبيعه ولا يستيفه ديونهم إلا أن يفدى المولى ديونهم - وإن أراد بذلك أنه ليس فيها حق العبد كما هو

مملوك وهذا إقرار منه على نفسه والثاني أخبر أنه مأذون في التجارة وهذا إقرار على المولى وإقراره عليه ليس بحجة وجه الاستحسان ما ذكره في الكتاب وقوله (كي لا يضيق الأمر على الناس) توضيحه أن للناس حاجة إلى قبول قوله لأن الإنسان يبيع الأحرار والعبيد في التجارة فلم يقبل قول الواحد في المعاملات لا تحتاج إلى أن يبعث شاهدين يشهدان عند كل تصرف أنه مأذون له في التجارة وفي ذلك من الضيق ما لا يخفى وقوله (الأنه) استثناء من قوله لزمه كل شيء ومعناه أنه إذا لم يكن في كسبه وفاء لا يباع في الدين حتى يحضر مولاه لأنه لا يقبل قوله في الرقبة لأن يبيعه ليس من لوازم الاذن في التجارة ألا ترى أنه إذا أذن للمدبر وأم الولد ولحقهما الدين لا يباعان فيه فكانت خالص حق المولى حينئذ جاز أن يكون مأذونا ولا يباع بخلاف الكسب فإن قضاء الدين من كسبه من لوازم الاذن في التجارة وهو حق العبد على ما بينا يريد به قوله في وسط كتاب المأذون ويتعلق دينه بكسبه إلى أن قال لأن المولى إنما يخلفه في الملك بعد فراغه

فصل لما فرغ من أحكام اذن العبد في التجارة بين أحكام اذن الصبي الا أنه قدم الاول لكثرة وقوعه ولكونه مجعاً عليه في الجواز والصبي الذي يعقل الغبن اليسير من الفاحش اذا أذن له الولي كان كالعبد المأذون في نفوذ تصرفه وعدم التقيد بنوع ودون وصيورته ما أذن بالاسكوت وصحة اقراره بما في يده وغير ذلك مما ذكر في العبد وقال الشافعي رحمه الله لا ينفذ تصرفه لان حجره لصيانة نفسه وهو باق بعد الاذن وبقاء العلة يستلزم المعاول لا يحال بخلاف حجر الرقيق فانه ليس للرق نفسه بل لحق المولى وهو يسقط باذنه لكونه راضياً بتصرفه حينئذ ولانه مولى عليه حتى يملك المولى التصرف والحجر عليه والمولى عليه لا يكون والبالغا فانه لان كونه مولى عليه سنة العجز وكونه والياسمة القدرة فصار كالطلاق والعناق ولا يصحان منه وان أذن له الولي بخلاف الصوم والنفل والصلاة النافذة لانهم لا يبايعان بالولي فيصحان منه (قوله وكذا الوصية على أصله) يعني قلت بصحتها كصحتها ما اذا كانت (٣٥٧) في أبواب الخير وأصله أن كل تصرف لا يتحقق من الولي في حقه

فصل (واذا أذن ولي الصبي للصبي في التجارة فهو في البيع والشراء كالعبد المأذون اذا كان يعقل البيع والشراء حتى ينفذ تصرفه) وقال الشافعي لا ينفذ لان حجره لصيانة نفسه ببقائه ولا أنه مولى عليه حتى يملك المولى التصرف عليه وملك حجره فلا يكون والبالغا فصار كالطلاق والعناق بخلاف الصوم والصلاة لانه لا يبايع بالولي وكذا الوصية على أصله فتحقق الضرورة الى تنفيذه منه أما بالبيع والشراء فيتولاها الولي فلا ضرورة ههنا ولنا ان التصرف المشروع صدر من أهله في محله عن ولاية شرعية فوجب تنفيذه على ما عرف تقريره في الخلافات والصبا بسبب الحجر لعدم الهداية لالذاته وقد ثبتت نظراً الى اذن الولي

المتبادر من قوله بخلاف الكسب لانه حق العبد فهو مسلم لكن لا يتم التعليل حينئذ على أن لا يقبل قوله في الرقبة أصلاً لانه لا يمنع أن يقبل قوله فيها لتعلق حق الغرماء بها كما يقبل قوله في ثبوت الاذن له ولزوم كل شيء في التجارة لتلاصيق الامر على الناس فليأمل والانظر في تعليل قوله لا يقبل قوله في الرقبة أي في حق بيع الرقبة أن يقال لان بيع الرقبة ليس من لوازم الاذن في التجارة ألا ترى أنه اذا أذن المدبر وأم الولد وخلفهما الدين لا يبايعان وهما مأذون لهما كما ذكر في النهاية وغيرها اهـ

فصل لما فرغ من بيان أحكام اذن العبد في التجارة شرع في بيان أحكام اذن الصبي والمعتوه وقدم الاول لكثرة وقوعه (قوله واذا أذن ولي الصبي للصبي في التجارة فهو في البيع والشراء كالعبد المأذون اذا كان يعقل البيع والشراء حتى ينفذ تصرفه) أقول كان الظاهر أن يقول في جواب المسئلة فهو في التجارة كالعبد المأذون لطابق ما قبله من قوله في التجارة وليع غير البيع والشراء من سائر أسباب التجارات لنفوذ تصرفه في سائرهما أيضاً عندنا وكأنه قصد الاكتفاء بذكر البيع والشراء لكونهما من أصول أسباب التجارات الا أنه أثر اللفظ الكثير على اللفظ القليل مع كون الثاني أعم وأظهر في افادة تمام المراد وهذا ما في عبارة مختصر القدوري ثم بعد ذلك قصر المصنف من جهة أخرى حيث قصر في البداية على قوله اذا كان يعقل البيع وكان عبارة المختصر اذا كان يعقل البيع والشراء وأصر على ذلك في الهداية أيضاً مع ظهور منية ما في عبارة المختصر لان تعقله البيع فقط غير كاف في كونه كالعبد المأذون نافذ التصرف في باب التجارة مطلقاً بل لابد من أن يقبل الشراء أيضاً بأن يعترف أن البيع سالب للملك والشراء جالب له ويعرف الغبن اليسير من الغبن الفاحش كما صرح حوايه (قوله والصبا بسبب الحجر لعدم الهداية لالذاته وقد ثبتت نظراً الى اذن الولي)

التصرف فكذا من أذنه ألا ترى أن الطلاق والعناق لما يملكه الولي لا يملك الاذن به فصدورهما من الصبي لا يكون عن ولاية شرعية وان أذن الولي بذلك (قوله والصبا بسبب الحجر) جواب عن قوله لان حجره لصيانة نفسه بالانتماء الى حجر الصبي لذاته بل بالغبر وهو عدم الهداية في أمور التجارة فصار كالعبد في كون حجره لغیره وهو حق المولى فانما أذنه الولي زال ذلك الغير لانه يعلم أنه لو لم يكن هادياً في أمور التجارة لما أذنه الولي فيصح تصرفه كما لو أذن للعبد المولى

فصل واذا أذن ولي الصبي (قوله والصبي الذي يعقل الغبن اليسير من الفاحش) أقول الظاهر أن يقال الذي يعقل أن البيع سالب للملك والشراء جالب له ويعرف الغبن اليسير من الفاحش الا أنه اقتصر على الثاني بناء على انه يستلزم الاول (قوله يعني قلت بصحتها) أقول الضمير في بصحتها راجع الى الوصية (قوله صح تصرفه بنفسه فيه) أقول ان لم يكن مضرة من كل وجه فلا ينتقض بالطلاق والعناق

وقوله (وبقاء ولايته) جواب عما يقال لو ثبت له الهداية بالأذن لم يبق الولي وليا وتقريره أن بقاء ولايته بعد ذلك لا مبرر للنظر له فان
الصبا من أسباب المرجحة بالحديث وفي اعتبار كلامه في التصرف نفع محض لاستيفاء المصلحة بطريقين أي مباشرة وليه وبمباشرة
نفسه فكان مرجحة في حقه فوجب اعتباره ولا احتمال بتبدل الحال فان حال الصبي يحتمل أن يتبدل من الهداية الى غيرها فأبقينا
ولاية الولي ليتدارك ذلك (٣٥٨) وقوله (بمخلاف الطلاق والعناق) جواب عن قوله وصار كالطلاق والعناق

وحاصل ذلك أن تصرفات
الصبي على ثلاثة أقسام
نافع محض وضار محض
ومتدردينهما فالاول كقبول
الهبة والصدقة يؤهل له
قبل الاذن وبعده والعناق
كالطلاق والعناق لا يؤهل
له أصلا والثالث كالبيع
والشراء يؤهل له بعد الاذن
لان نقصان رأيه ينجر برأى
الولي لا قبله لكن قبل الاذن
يكون موقوفا على اجازة
الولي لاحتمال وقوعه نظرا
فانه أحد المحتملين وصحة
التصرف في نفسه لصدوره
من أهله في محله فان قيل
اذا باع شيئا بأضعاف قيمته
كان نافعا محضا كقبول
الهبة فيجب نفوذه بلا توقف
وأجيب بأن المعترف في ذلك
هو الوضع لا الجزئيات الواقعة
اتفاقا (وذكر الولي في الكتاب
ينظم الأب والجدة عند
عدمه) وليس المراد به الترتيب
لان وصي الأب مقدم على
الجدة وترتيب وليه وهو الأب
ثم وصي الأب ثم الجد الأب
ثم وصيه ثم القاضي أو وصيه
ثم الولي (بمخلاف صاحب
الشرط) يريد به أمير البلدة
كأمير بخاري فكان الولي

وبقاء ولايته للنظر الصبي لاستيفاء المصلحة بطريقين واحتمال تبدل الحال بمخلاف الطلاق والعناق
لأنه ضار محض فلم يؤهل له والنافع المحض كقبول الهبة والصدقة يؤهل له قبل الاذن والبيع والشراء
دائر بين النفع والضرر فيجعل أهله بعد الاذن لا قبله لكن قبل الاذن يكون موقوفا منعه على اجازة
الولي لاحتمال وقوعه نظرا وصحة التصرف في نفسه وذكروا في الكتاب ينظم الأب والجدة عند عدمه
والوصي والقاضي والولي بمخلاف صاحب الشرط لانه ليس اليه تقليد القضاة والشرط أن يعقل كون
البيع سائبا للملك جالبا للربح

هنا جواب عن قول الشافعي لان حجره لصبا فيبقى بقاءه تقريره أن الصبا سبب الحجر لعدم هداية
الصبي في أمور التجارة لالذاته فصار هو كالعبد في كون حجره لغيره فاذا أذن له الولي زال ذلك الغير
لانه يستدل به على ثبوت هدايته في أمور التجارة اذ لو لم يكن هاديا فيها لما أذن له الولي فينفذ تصرفه
كالوآذن المولى للعبد كذا في الشروح (أقول) يراد على ظاهر هذا الجواب أن يقال لو كان الأمر
كذلك لنفذ تصرف الصبي بدون اذن الولي اذ اعلم هدايته في أمور التجارة بتدليل من الدلائل غير ان الولي
لحصول العلم اذذاك أيضا زال ذلك الغير الذي حجر الصبي بسببه وهو عدم الهداية مع أن المفهوم من
الكتب عدم نفاذ تصرفه بغير اذن الولي أصلا فيما هو دائر بين النفع والضرر كالبيع والشراء ونحوهما
فتأمل (قوله وبقاء ولايته للنظر الصبي لاستيفاء المصلحة بطريقين واحتمال تبدل الحال) قال صاحب
العناية وقوله وبقاء ولايته جواب عما يقال لو ثبت له الهداية بالأذن لم يبق الولي وليا وتقريره أن بقاء
ولايته بعد ذلك لا مبرر للنظر له فان الصبا من أسباب المرجحة بالحديث وفي اعتبار كلامه في التصرف
نفع محض لاستيفاء المصلحة بطريقين أي مباشرة وليه وبمباشرة نفسه فكان مرجحة في حقه فوجب
اعتباره ولا احتمال بتبدل الحال فان حال الصبي يحتمل أن يتبدل من الهداية الى غيرها فأبقينا ولاية الولي
ليتدارك ذلك اه كلامه (أقول) في تقريره شيء أما أولا فلا نقوله وفي اعتبار كلامه في التصرف
نفع محض غير مسلم لان الكلام في التصرف الدائر بين النفع والضرر فان تصرفه الذي هو نافع محض
كقبول الهبة والصدقة ينفذ بغير اذن الولي أيضا وتصرفه الذي هو ضار محض كالطلاق والعناق لا ينفذ
باذن الولي أيضا وانما الذي يتوقف نفاذه على اذن الولي عندنا تصرفه الدائر بين النفع والضرر كالبيع
والشراء فكيف يكون في اعتبار كلامه في مثل ذلك التصرف نفع محض فالوجه أن يقال بدل قوله
الذكرور وفي اعتبار كلامه في التصرف نظره وأما ثانيا فلا نقضي تقريره المزبور أن يكون قول
المصنف واحتمال تبدل الحال معطوف على قوله لنظر الصبي كما لا يخفى على الناظر في مقدمات تقريره
وليس كذلك فانه معطوف على قوله لاستيفاء المصلحة بطريقين ودخل معه في حيز قوله لنظر الصبي
اذ لا شك أن تدارك احتمال تبدل الحال أيضا نظر للصبي فلا وجه لجعله مقابلا له ثم اعلم أن قول
المصنف وبقاء ولايته الخ يحتمل الوجهين أحدهما أن يكون جوابا عن قول الشافعي ولانه مولى عليه
الخ وثانيهما أن يكون جوابا عن سؤال المقدور وهو أن يقال لو صار الصبي وليا للتصرف باذن وليه لكان
ينبغي أن لا يثبت في وليه والتصرف في ماله فصاحب النهاية ذكر كلا الوجهين وصاحب العناية

اختار

أ كبر منه لان له ولاية تقليد القاضي دون صاحب الشرط وقوله (والشرط أن يعقل) قد تقدم ذكره

(قوله وتقريره أن بقاء ولايته) أقول وعندى أنه جواب عن ثلث دلائل الشافعي يمنع المناهضة بين كونه وليا ومولى عليه مستند بان
كونه مولى عليه لاستيفاء المصلحة بطريقين الخ لا للعجز فلنأمل (قوله لاستيفاء المصلحة الخ) أقول تعليل لقوله للنظر له (قوله
ولا احتمال بتبدل الحال) أقول معطوف على النظر له

وقوله (والتشبيه بالعبد المأذون له الخ) كذلك لكن برده عليه أن التعميم ليس بمستقيم فإن المولى محجور عن التصرف في مال العبد المأذون المدين بدين يحيط بماله دون الولي وأجيب بأن ذلك من انجبار المولى وعدم انجبار الولي ليس من التعميم في تصرف العبد والصبي وبأن دين الصبي لكونه حرا يتعلق بذمته لا بماله فجاز أن يتصرف فيه الولي ودين العبد (٣٥٩) يتعلق بكسبه والمولى أجنبي

منه إذا كان الدين مستغرقا (ويصح اقراره بعد الاذن بما هو كسبه) عينا كان أو ديناً لوليه ولغيره لأنه كالآلج عنه فكان كالبايعين وأورد بأن الولاية المتعدية فرع الولاية القائمة والولي لا يملك الاقرار على مال الصبي فكيف أفاده ذلك بأذنه والجواب أنه أفاده من حيث كونه من نوايع التجارة والولي يملك الاذن بالتجارة ونوايعها (وكذا يجوز ثبوته في ظاهر الرواية) احتراز عن رواية الحسن عن أبي حنيفة رضي الله عنهما أنه لا يجوز اقراره بذلك لأن صحة اقراره في كسبه حاجته في التجارة إلى ذلك لئلا يتعطل الناس عن معاملته في التجارة وهي معدومة في الموروث وجه الظاهر أن الجرح لما انفك عنه بالأذن التحق بالبايعين ولهذا نفذ أبو حنيفة بعد الاذن تصرفه بالبايعين الفاحش كالبايعين فكان الموروث والمكتسب في صحة الاقرار سواء لكونهما ماليا

(قوله الخ كذلك) أقول يعني تقدم ذكره (قوله

والتشبيه بالعبد المأذون له يقيده أن ما ثبت في العبد من الأحكام يثبت في حقه لأن الاذن فله الخ) والمأذون يتصرف بأهلية نفسه عبداً كان أو صيداً فلا يتقيد تصرفه بنوع دون نوع ويصير مأذوناً بالسكوت كما في العبد ويصح اقراره بما في يده من كسبه وكذا يجوز ثبوته في ظاهر الرواية كما يصح اقرار العبد اختار الثاني كما ترى وكثير من الشراح اختاروا الاول فعليه بالاختيار ثم الاختيار (قوله والتشبيه بالعبد المأذون له يقيده أن ما ثبت في العبد من الأحكام يثبت في حقه) أي في حق الصبي أراد به قوله فهو في البيع والشراء كالعبد المأذون كذا في غاية البيان وغيرها (أقول) لقائل أن يقول تشبيه الصبي بالعبد المأذون إنما يفيد ثبوت أحكام العبد عامة في حقه ان كان التشبيه على العموم أو على الاطلاق وأما إذا عين ما فيه المشابهة كما وقع في الكتاب حيث قال فهو في البيع والشراء كالعبد المأذون فافادة المأذون التعميم ممنوعة جداً فليأمل وقال صاحب النهاية فإن قلت كيف يستقيم تعميم قوله ان ما ثبت في العبد من الأحكام يثبت في حق الصبي المأذون مع التخصيص في بعضها وهو أن المولى محجور عن التصرف في مال العبد المأذون إذا كان عليه دين يحيط بماله والولي ليس محجور عن التصرف في مال الصبي المأذون وان كان عليه دين يحيط بماله والرواية عن المبسوط قلت الجواب عنه من وجهين أحدهما أن ما ذكرته من الجرح وعدمه هو في انجبار المولى وعدم انجبار الولي في المال وما ذكره في الكتاب من التعميم في تصرف العبد في ماله وتصرف الصبي في ماله فلا يرد نقض الاختلاف التصرفين والثاني هو ما ذكره في المبسوط وانما يملك الاب أو الوصي التصرف في مال الصبي سواء كان على الصبي دين أو لا لأن دين الحرف في ذمته لا يتعلق بماله بخلاف دين العبد المأذون فإنه يتعلق بكسبه ويصير المولى من التصرف كالأجنبي آخر إذا كان الدين مستغرقاً اه كلامه ووافقت أثره صاحب النهاية في ذلك السؤال ووجهي الجواب ولكن سلك مسلك الاجبال (أقول) الوجه الثاني لا يصلح جواباً عن السؤال المذكور لأن حاصل هذا الوجه بيان علة انجبار المولى عن التصرف في مال العبد المأذون إذا كان عليه دين يحيط بماله وعدم انجبار الولي عن التصرف في مال الصبي المأذون وان كان عليه دين يحيط بماله وذلك لا يفيد استقامة التعديل في قول المصنف ان ما ثبت في العبد من الأحكام يثبت في حق الصبي المأذون بل يؤدي عدم استقامته كما لا يخفى ومدار السؤال المذكور على التعميم المستفاد من كلام المصنف لا غير وقال بعض الفضلاء لعل خلاصة الجواب الثاني منع دلالة الكلام على العموم (أقول) ليس هذا أيضاً بديد أما أولاً فلأن دلالة كلام المصنف وهو قوله ان ما ثبت في العبد من الأحكام يثبت في حقه على العموم ظاهرة لا تقبل المنع لأن كلمة ما من ألفاظ العموم على ما تقر في علم الاصول وقد تأكد بيانها بقوله من الأحكام فإن الجمع المعروف باللام أيضاً من ألفاظ العموم والاستغراق إذا لم يكن هنالك معهود كما تقر هذا أيضاً في علم الاصول وأما ثانياً فلأنه لا دلالة في الجواب الثاني أصلاً على منع دلالة كلام المصنف على العموم ولا تعرض له فيه بوجه من الوجوه وانما تضمنه مجرد بيان العلة في انجبار المولى عن التصرف في مال العبد وعدم انجبار الولي عن التصرف في مال الصبي فتمثل ذلك الجواب على منع دلالة الكلام على العموم عملاً لا سبيل اليه أصلاً (قوله ويصح اقراره بما في يده من كسبه)

لكن برده عليه إلى قوله في مال العبد الخ) أقول هذا ممنوع وقد مر من الشارح نقلاً من شروح الجامع الصغير قبل ثلاثة أوراق ما يخالفه (قوله يتعلق بذمته) أقول يعني فقط (قوله يتعلق بكسبه) أقول يعني يتعلق بكسبه أيضاً أي كما يتعلق بذمته لان ذمته ضعيفة بخلاف الصبي الحر ثم أقول ولعل خلاف الجواب الثاني منع دلالة الكلام على التعميم والا فلا تظهر صلاحته للجواب (قوله والمولى أجنبي منه الخ) أقول هذا مسلم إذا كان مستغرقاً لرقبته أيضاً وأما إذا لم يكن كذلك ففيه كلام وفيه الكلام

(ولا يملك تزويج عبده) بالاتفاق وفي تزويج أمته خلاف أبي يوسف (ولا كتابته) وإن كان الولي والوصي يملكانها إلا أن لا يبتاعوا ما كان من صنيع التجار والكتابة (٣٦٠) ليست منه (والمعتوه الذي يعقل البيع والشراء) بالمعنى المذكور (بعتة

ولا يملك تزويج عبده ولا كتابته كما في العبد والمعتوه الذي يعقل البيع والشراء بعتة الصبي يصير مأذوناً باذن الاب والجد والوصي دون غيرهم) من الاقارب كالابن للمعتوه والاخ والسم دون القاضي فإنه ولاية على المعتوه (على ما بيناه) يعنى قوله وذ كر الولي في الكتاب ينظم الاب والجد الخ (وحكمه حكم الصبي) اذا بلغ معتوها فما اذا بلغ عاقلاً ثم عنه فأذن له الاب في التجارة قال أبو بكر البلخي رحمه الله لا يصح قياساً وهو قول أبي يوسف ويصح استحساناً وهو قول محمد رحمه الله والله أعلم

كتاب الغصب

الغصب في اللغة أخذ الشيء من الغير على سبيل التغلب للاستعمال فيه

أورد عليه بأن الولاية المتعدية فرع الولاية القائمة والولي لا يملك الاقرار على مال الصبي فكيف يملكه الصبي باذن الولي وأجيب عنه في النهاية ومعراج الدراية بأن الولي انما لا يملك ذلك لأنه لا يتحقق منه لان الاقرار قول من المرء على نفسه وما يثبت على الغير بقوله فهو شهادة واقرار الولي على الصغير قول على الغير فيكون شهادة وشهادة الفرد لا تكون حجة وأما قول الصبي بعد الاذن فهو اقرار منه على نفسه وهو من صنيع التجار ومما لا تتم التجارة الا به لان الناس اذا علموا أن اقراره لا يصح يترزون عن معاملته فان من معاملته لا يثبت من أن يشهد عليه شاهدان فلهذا جاز اقراره اه (أقول) هذا الجواب لا يدفع السؤال المذكور لان حاصله بيان عدم صحة اقرار الولي على الصبي وصحة اقرار الصبي بنفسه على مال نفسه وهذا مما لا يؤثر كما ترى في اندفاع الاراد بأن الولاية المتعدية فرع الولاية القائمة وهما لم يتحقق الولاية القائمة فكيف يتحقق الولاية المتعدية وكان صاحب العناية يتنبه لما في الجواب المزبور حيث لم يذكره بل قال بطله والجواب أنه أفاده من حيث كونه من توابع التجارة والولي يملك الاذن بالتجارة وتوابعها اه (أقول) هذا الجواب أيضاً غير مستقيم لانه ان أراد أن الولي يملك الاذن بالتجارة وتوابعها فبطلت أيضاً نفس التجارة وتوابعها التي من جملتها اقراره على مال الصبي فممنوع اذ لا شك أن اقرار الولي على مال الصبي ليس من توابع التجارة بل ليس مما يصح أصلاً فاني يملكه الولي وإن أراد أن الولي يملك الاذن بالتجارة وتوابعها التي من جملتها اقرار الصبي على مال نفسه وإن لم يملك نفس الاقرار عليه فسلم ولكن لا يجدي هذا شيئاً في دفع السؤال المذكور لان اللازم منه أن يملك الولي الاذن للصبي بالاقرار ولا كلام فيه وانما الكلام في أن يملك الصبي الاقرار على نفسه باذن الولي ولاية متعدية من الولي الى الصبي والولاية المتعدية فرع الولاية القائمة والولي لا يملك نفس الاقرار على الصبي بالاجماع فلم تكن له ولاية قائمة في حق نفس الاقرار على الصبي فكيف تعدى منه الولاية الى الصبي في حق ذلك ولا يخفى أن حديث أن يملك الولي الاذن بالتجارة وتوابعها في أثناء الجواب عن هذا الاشكال يصير لغواً من الكلام * ثم أقول لعل الصواب في الجواب منع كون ولاية الصبي ولاية متعدية اذ قد تقر فيما مر أن الصبي يتصرف بأهله وولاهما ليس سبب الحجر لانه بل لعدم هدايته واذن الولي انما يكون دليلاً على زوال ذلك المانع كما كان البلوغ دليلاً عليه لانه يكتسب الولاية من اذنه إلا أن الصالح كان من أسباب المرجح بالحدث لم يؤهل الصبي أصلاً لما هو ضار محض وأهل لما هو نافع محض قبل الاذن وبعده وأهل لما هو دار بين النفع والضرب بعد الاذن فقط والاقرار لما كان من توابع التجارة دار بين النفع والضرب لا يقبل اقراره يحترز الناس عن معاملته فيتضرر به فأهل الصبي له بعد الاذن وكانت ولايته عليه ذاتية لا متعدية من الولي فتبصر فان هذا توجه حسن وجواب شاف تحسم به مادة الاشكال بالكلية

كتاب الغصب

ايراد الغصب بعد الاذن في التجارة لوجهين أحدهما أن الغصب من أنواع التجارة ما لا يحق ان اقرار المأذون

الصبي يصير مأذوناً باذن الاب والجد والوصي دون غيرهم) من الاقارب كالابن للمعتوه والاخ والسم دون القاضي فإنه ولاية على المعتوه (على ما بيناه) يعنى قوله وذ كر الولي في الكتاب ينظم الاب والجد الخ (وحكمه حكم الصبي) اذا بلغ معتوها فما اذا بلغ عاقلاً ثم عنه فأذن له الاب في التجارة قال أبو بكر البلخي رحمه الله لا يصح قياساً وهو قول أبي يوسف ويصح استحساناً وهو قول محمد رحمه الله والله أعلم

كتاب الغصب

ايراد الغصب بعد الاذن في التجارة لوجهين أحدهما أن الغصب من أنواع التجارة ما لا يحق ان اقرار المأذون لما يصح بديون التجارة دون غيرها يصح بدين الغصب ولم يصح بدين المهر لكون الاول من التجارة دون الثاني

كتاب الغصب

(قوله ايراد الغصب الى قوله ما لا يخ) أقول ويجوز أن يقال نقاذ تصرف الغاصب يكون بالاذن كنفاذ تصرف المأذون الآن في الغصب بالاذن اللاحق وفي المأذون بالاذن السابق فيكون بينهما مناسبة أو يقال ذكر بعده لما بينهما من المقابلة فان العبد المأذون يتصرف في مال الغير باذنه والغاصب يتصرف فيه لا باذنه

فكان ذكرا النوع بعد ذكرا الجنس مناسبا والثاني أن المصوب مادام قائما بعينه في يد الغاصب لا يكون الغاصب مالكا لرقبته فصار كالعبد المأذون فانه غير مالكا لرقبة ما في يده من أموال التجارة وان كان يتصرف فيه تصرف المالك فذكرا أحد المتحاسبين متصلا بالآخر من المناسبة الا أنه قدم الاذن في التجارة لانه مشروع من كل وجه والغصب ليس مشروع والغصب في اللغة أخذ الشيء من الغير على سبيل التغلب والاستعمال فيه بين أهل اللغة سواء كان متقوما أو غيره يقال غصب زوجة فلان وخزف فلان وفي الشريعة أخذ مال متقوم محترم بغير اذن المالك

الشريعة أخذ مال متقوم محترم بغير اذن المالك على وجه يزيل يده فقلوه أخذ مال يشمل الحدود وغيره وقوله متقوم احتراز عن الخمر وقوله محترم احتراز عن مال الحرب فانه غير محترم وقوله على وجه يزيل يده أي بد المالك لبيان أن ازالة يد المالك لا بد منها في الغصب عندنا وعند الشافعي رحمه الله هو اثبات يد العدو ان عليه وغرة الخلاف تظهر في زوائد المصوب كولد المصوبة وغرة البستان فانها ليست بمضمونة عندنا لعدم ازالة اليد وعنده مضمونة لاثبات اليد

(قوله فكان ذكرا النوع الخ) أقول فيه بحث (قوله الا أنه قدم الاذن الخ) أقول هذا الاحتياج اليه بعد ما بين وجه تأخر المأذون من الخمر (قوله وفي الشريعة أخذ مال متقوم محترم بغير اذن المالك على وجه يزيل يده) أقول لا بد من أن يراعى في هذا التعريف فيدان أحدهما قيد أو يقصر يده بأن يقال على وجه يزيل يده أو يقصر يده لتلاخي جرح على تعريف الغصب في الشرع ما أخذه الغاصب من يد غير المالك كما إذا أخذه من يد المستأجر أو من يد المهرمن أو من يد المودع فان الغاصب في هذه الصور وان لم يزل يد المالك عن ماله بناء على عدم كونه في يده وقت الغصب وازالة اليد فرع تحققها الا أنه قصر يده عن ماله في هاتيك الصور أيضا وعن هذا قال في المحيط البرهاني الغصب شرعا أخذ مال متقوم محترم بغير اذن المالك على وجه يزيل يد المالك ان كان في يده أو يقصر يده ان لم يكن في يده اه وهكذا قال في الكافي أيضا وثانيه ما قيد على سبيل المجاهرة كما وقع في البدائع لتلايدخل في تعريف الغصب شريعة السرقة فان الامتياز بين السرقة والغصب في الشرع انما يكون بان كان

وفي الشريعة أربعة أخصال متقوم محترم بغير اذن المالك على وجه يزيل يده

المأذون لما صح يديون التجارة دون غيرها صح يدين الغصب ولم يصح يدين المهر لكون الأول من التجارة دون الثاني فكان ذكرا النوع بعد ذكرا الجنس مناسبا والثاني أن المصوب مادام قائما بعينه في يد الغاصب لا يكون الغاصب مالكا لرقبته فصار كالعبد المأذون فانه غير مالكا لرقبة ما في يده من أموال التجارة وان كان يتصرف فيه تصرف المالك فذكرا أحد المتحاسبين متصلا بالآخر من المناسبة الا أنه قدم الاذن في التجارة لانه مشروع من كل وجه والغصب ليس مشروع كذا في النهاية والعناية (أقول) في الوجه الاول بحث من وجهين أحدهما أن كون الغصب من أنواع التجارة ما لا انما يفيد المناسبة بين الغصب وبين جنس التجارة لابين الغصب وبين الاذن في التجارة لان الاذن نفسه ليس من جنس التجارة قط بل هو فلتاخر واستقاط الحق عندنا على ما مر في صدر كتاب المأذون والمذكور في كتاب المأذون مسائل نفس الاذن لأمسائل جنس التجارة فلا يتم التقريب والثاني أن مناسبة ذكرا النوع بعد ذكرا الجنس متحققة في سائر أنواع التجارة أيضا فينتقض ذلك الوجه بطرذا ويمكن أن يجاب عن كل منه ما ينوع عنانية أما عن الأول فبان يقال ان الاذن نفسه وان لم يكن من جنس التجارة الا أنه متعلق بجنس التجارة ومخصوص به فكان للغصب مناسبة للاذن نفسه أيضا بواسطة تعلقه بجنس التجارة وأما عن الثاني فبان يدعى عدم لزوم الاطراد في وجوه المناسبات بين كتب هذا الفن ويقال ان هاتيك الوجوه مصححات لا مبرجات البتة فلا ضير في تحققها في غير ما سبقته أيضا ثم ان الاظهر في وجه المناسبة ههنا ما ذكره صاحب غاية البيان حيث قال وجه المناسبة بين الكتابين عندى ان المأذون يتصرف في الشيء بالاذن الشرعي والغاصب يتصرف بالاذن شرعي فكان بينهما مناسبة المقابلة الا أنه قدم كتاب المأذون لانه مشروع والغاصب ليس بمشروع اه واعلم أن محاسن الغصب من حيث الاحكام لا من حيث الاقدام كما في الجنائيات والديات فان المقصود من بيان كتاب الغصب هو بيان حكمه المترتب عليه لانه ليس في الغصب شيء من الاباحة فضلا عن الحسن والطاعة بل هو عدوان محض وظلم صرف كذا في النهاية وغيرها (قوله وفي الشريعة أخذ مال متقوم محترم بغير اذن المالك على وجه يزيل يده) أقول لا بد من أن يراعى في هذا التعريف فيدان أحدهما قيد أو يقصر يده بأن يقال على وجه يزيل يده أو يقصر يده لتلاخي جرح على تعريف الغصب في الشرع ما أخذه الغاصب من يد غير المالك كما إذا أخذه من يد المستأجر أو من يد المهرمن أو من يد المودع فان الغاصب في هذه الصور وان لم يزل يد المالك عن ماله بناء على عدم كونه في يده وقت الغصب وازالة اليد فرع تحققها الا أنه قصر يده عن ماله في هاتيك الصور أيضا وعن هذا قال في المحيط البرهاني الغصب شرعا أخذ مال متقوم محترم بغير اذن المالك على وجه يزيل يد المالك ان كان في يده أو يقصر يده ان لم يكن في يده اه وهكذا قال في الكافي أيضا وثانيه ما قيد على سبيل المجاهرة كما وقع في البدائع لتلايدخل في تعريف الغصب شريعة السرقة فان الامتياز بين السرقة والغصب في الشرع انما يكون بان كان

(٤٦ - تكمله سابع)

الغاصب زوائد المصوب اذا هلكت بغيره - لعدم ازالة يد المالك ولا ما صار مع المصوب بغير صنعه كما اذا غصب دابة وتبعها أخرى أو ولدها لا يضمن البائع لعدم الصنع فيه وكذا لو حبس المالك عن مواشيته حتى ضاعت لا يضمن لما ذكرنا لعدم اليد المبطلة انتهى لكن ذكر في فتاوى قاض خان مسألة تخالف هذا الاصل فانه قال لو غصب عولا فاستهلك حتى يسر لرباه قال أبو بكر الشجعي يضمن قيمة العجول ونقصان الام ولم يفعل في الام شيء

الغصب على سبيل الجهار والسرقة على سبيل الخفية والاستسار مع الاشتراك بينهما في جميع ما ذكر
 لتعريف الغصب شريعة في الكتاب ثم اعلم أن صدر الشريعة قد تبه للزوم زيادة القيد الثاني على هذا
 التعريف حيث قال في شرح الوفاية ثم لا بد أن يراعى على هذا التعريف لا على سبيل الخفية لتخرج
 السرقة اه ورد عليه صاحب الاصلاح والايضاح حيث قال فان قلت أليس يصدق الحد المذكور
 على السرقة قلت نعم الآن في السرقة خصوصية بها كانت من جملة أسباب الحد فدخل مسائلها
 باعتبار تلك الخصوصية في الحدود وذلك لا ينافي دخولها باعتبار أصلها في الغصب كالشراء من
 الفضولي فإنه غصب مع أنه مذكور في باب الفضولي من كتاب البيوع باعتبار ما فيه من خصوصية بها
 صارت من مسائلها ومن ذهب عليه هذه الدقيقة تصدى لآخرها عن الحد المذكور بزيادة قوله لا على
 سبيل الخفية ولم يدرك أنه حينئذ يخرج عنه بعض أفراد الغصب كأخذ مال غير محرر زعي سبيل الخفية
 التي هنا كلامه (أقول) فيه خلل من وجوه الأول أن السرقة بخصوصيتها التي كانت من جملة أسباب
 الحد داخل في التعريف المذكور إذا لم يمنع شيء من خصوصيتها عن صدق التعريف المذكور عليها
 كما لا يخفى على ذي فطنة وانما تكون خصوصيتها ما مازعة عن صدق تعريف الغصب علم الزيد على
 التعريف المذكور قيد على سبيل الجهار أو لا على سبيل الخفية فان من خصوصيتها أن تكون على
 سبيل الخفية كما تقرر في كتابها ولا شك أن قيد على سبيل الجهار أو لا على سبيل الخفية ينافي الصدق
 على ما كان على سبيل الخفية فإذا كانت السرقة بخصوصيتها التي كانت من جملة أسباب الحد داخل
 في التعريف المذكور لم يكن ذلك التعريف صالحا لأن يكون حد الغصب في الشرع والالزام أن تكون
 السرقة بخصوصيتها غصبا شرعيا وليس كذلك لا محالة للقطع بخالف حكمي السرقة والغصب
 في الشرع فلغا قوله وذلك لا ينافي دخولها باعتبار أصلها بالغصب كما لا يخفى والثاني أن قوله كالشراء
 من الفضولي فإنه غصب مع أنه مذكور في باب الفضولي من كتاب البيوع ليس بسديد لان مجرد الشراء
 من الفضولي ليس بغصب قطعاً وانما الذي يصير غصباً أخذ المشتري من يد الفضولي بغير إذن المالك وهو
 ليس ببيع جزماً وليس بمذكور في كتاب البيوع أصلاً وانما المذكور فيه نفس الشراء من الفضولي فلا
 صحة في التمثيل ولا في التعليل والثالث أن قوله كأخذ مال غير محرر زعي سبيل الخفية في قوله ولم يدرك
 أنه حينئذ يخرج عنه بعض أفراد الغصب كأخذ مال غير محرر زعي سبيل الخفية ليس بصحيح لأن
 ما كان غير محرر كيف يتصور أخذه على سبيل الخفية فان عدم الحرز ينافي الاختفاء وعن هذا قال
 صاحب الهداية في فصل الحرز والأخذ منه من كتاب السرقة الحرز لا بد منه لان الاستسار لا يتحقق
 بدونه اه ثم ان صاحب الاصلاح والايضاح غير التعريف المذكور بوجه آخر حيث قال بدل قولهم
 بغير إذن المالك بلا إذن من له الاذن وقال في شرحه وانما لم يقل بلا إذن مالكه لان كون المأخوذ
 ملكاً ليس بشرط لوجوب الضمان فان الموقوف مضمون بالاتلاف وليس بمملوك أصلاً صرح به
 في البدائع اه (أقول) وفيه أيضاً خلل لان الوقف في الشرع عند أبي حنيفة حبس العين على ملك
 الواقف والتصدق بالمنفعة بمنزلة العارية وعندهما حبس العين على حكم ملك الله تعالى فزول ملك
 الواقف الى الله تعالى على وجه تعود منفعة الى العباد وهذا كله مما تقرر في أول كتاب الوقف فعلى
 كلا القولين يكون الموقوف مملوكاً كيف يتم قوله ان الموقوف ليس بمملوك أصلاً ولئن سلم تمام ذلك
 فكأن الموقوف مضموناً لا ينتضي كونه مغصوباً بغصب شرعي فان وجوب الضمان ليس بحكم مخصوص
 بالغصب الشرعي بل يتحقق ذلك في غيره أيضاً بنوع من التعدي والجنابة ألا يرى أن زوائد المغصوب
 كولد المغصوبة وثمر البستان المغصوب ليست بمغصوبة عندنا شرعاً لعدم تحقق ازالة المالك عنها بناء
 على أن يد المالك كانت ثابتة عليها حتى يزولها الغاصب بل هي أمانة في يد الغاصب ان هلك

واستخدام العبد وجل الدابة غصب بالاتفاق والجلوس على البساط ليس بغصب عندنا لان البسط فعل المالك فلا يكون الغاصب من يلا
ليده مع بقاء أثر فعله ثم ان كان الغصب مع العلم بأنه ملك المغصوب منه فحكمه المأثم (٣٦٣) والمغرم وان كان بدونه فالضمان

لانه حق العبد فلا
يتوقف على قصده ولا اثم
لان الخطأ موضوع قال
(ومن غصب شيئا لمثل
كالمكيل والموزون فله في يده فعلية مثله) وفي بعض النسخ فعلية ضمان
مثله ولا تفاوت بينهما ما هو هذا لان الواجب هو المثل لقوله تعالى فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل
ما اعتدى عليكم ولان المثل أعديل لما فيه من مراعاة الجنس والمالية فكان أدفع للضرر قال (فإن لم
يقدر على مثله فعليه قيمته يوم يحتصمون) وهذا (عند أبي حنيفة)

حتى كان استخدام العبد وجل الدابة غصبا دون الجلوس على البساط ثم ان كان مع العلم فحكمه المأثم
والمغرم وان كان بدونه فالضمان لانه حق العبد فلا يتوقف على قصده ولا اثم لان الخطأ موضوع قال
(ومن غصب شيئا لمثل كالمكيل والموزون فله في يده فعلية مثله) وفي بعض النسخ فعلية ضمان
مثله ولا تفاوت بينهما ما هو هذا لان الواجب هو المثل لقوله تعالى فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل
ما اعتدى عليكم ولان المثل أعديل لما فيه من مراعاة الجنس والمالية فكان أدفع للضرر قال (فإن لم
يقدر على مثله فعليه قيمته يوم يحتصمون) وهذا (عند أبي حنيفة)

لا يضمها عندنا كما صرحوا به فاطبة وسيجي في الكتاب مع أنه اذا تعدى فيها يجب عليه الضمان
بالاتفاق على ما صرحوا به فاطبة أيضا وسيجي في الكتاب وكذا اذا قتل رجل عبدا رجل خطا في يد
مالك يجب عليه ضمان قيمة العبد بخلاف مع أن ذلك ليس بغصب في الشرع عند أحد وبالجملة
فرق بين ضمان الغصب وضمن الاتلاف كانه واعتدوا عليه فمن أثبت تحقق حقيقة الغصب الشرعي
في اتلاف الموقوف حتى يرد به النقص على ما ذكره ثقات المشايخ في تعريف الغصب فاحتاج الى تغييره
(قوله حتى كان استخدام العبد وجل الدابة غصبا دون الجلوس على البساط) لانه بالاستخدام والجل
أثبت يد التصرف عليه ومن ضروراته ازالة يد المالك عنه فتحقق الغصب بخلاف الجلوس على البساط
لان البسط فعل المالك وقد بقي أثر فعله في الاستعمال وما بقي أثر فعله تبقى يده فله يوجب ازالة يد المالك
فلم يتحقق الغصب كذا قالوا قال ابن العزوني كلام المصنف ههنا مؤاخذه لفظية وهي في قوله وجل
الدابة يعني والجل عليها وحقه أن يقول وتحميل الدابة لان جل لا يتعدى بنفسه الى اثنين وانما يتعدى
بنفسه الى واحد والى آخر يحرف الجر فتقول جلت المتاع على الدابة فيصح اضافة المصدر منه الى المتاع
لا الى الدابة فتقول جلت المتاع ولا تقول جلت الدابة الا أن يضعف الفعل فيتعدى الى اثنين بنفسه فتقول
جلت الدابة المتاع فيثبت تصح اضافة مصدره الى الدابة فتقول تحميل الدابة لان التحميل مصدر جل
للضعف للتعدية اه كلامه (أقول) هذا الذي ذكره ظاهر وكان صاحب الكافي عن هذا غير
عبارة المصنف ههنا فقال حتى كان استخدام عبد الغير والجل على دابة الغير غصبا ولكن يمكن توجيهه
كلام المصنف ههنا بما وجبه الفاضل الشريف في شرح المفتاح قول العلامة السكاكي افتخارا
بمواعظنا حيث قال والاصل أن يقال بالمواطبة عليها أي على العبادة الا أنه نزع الخافض وعدى المصدر
بالايصال اه وقصده الجواب عن قول المحقق التفتازاني هناك وفي تعدية المواظبة بنفسها تقرر
والصواب بالمواظبة عليها اه تأمل (قوله ثم ان كان مع العلم فحكمه المأثم والمغرم وان كان
بدونه فالضمان) أقول هذا انما يتبين فيما اذا هلك المغصوب في يد الغاصب وأما اذا كان قائما
في يده فحكمه رد العين كما سأل في الكتاب وكان المناسب بهذا المقام بيان حكمه الكلي دون حكمه
الخاص بصورة الهلاك اللهم الا أن يبنى كلامه هنا على ما قيل ان الموجب الاصل للغصب مطلقا هو
التهمة ورد العين مخلص كما سيجي من ذكره ولكنه قول ضعيف جدا على ما يدل عليه تقرير المصنف فيما
بعد وصرحوا به في الشروح ثم فكيف يليق بمثل المصنف بناء كلامه على ذلك (قوله ولان المثل أعديل
لما فيه من مراعاة الجنس والمالية) قال في النهاية والعناية لان الخطئة مثلا مثل الخطئة جنسا ومالية
الخطئة المؤداة مثل مالية الخطئة المغصوبة لان الجودرة ساقطة العبرة في الاموال الربوية اه (أقول)

لا يضمها عندنا كما صرحوا به فاطبة وسيجي في الكتاب مع أنه اذا تعدى فيها يجب عليه الضمان
بالاتفاق على ما صرحوا به فاطبة أيضا وسيجي في الكتاب وكذا اذا قتل رجل عبدا رجل خطا في يد
مالك يجب عليه ضمان قيمة العبد بخلاف مع أن ذلك ليس بغصب في الشرع عند أحد وبالجملة
فرق بين ضمان الغصب وضمن الاتلاف كانه واعتدوا عليه فمن أثبت تحقق حقيقة الغصب الشرعي
في اتلاف الموقوف حتى يرد به النقص على ما ذكره ثقات المشايخ في تعريف الغصب فاحتاج الى تغييره
(قوله حتى كان استخدام العبد وجل الدابة غصبا دون الجلوس على البساط) لانه بالاستخدام والجل
أثبت يد التصرف عليه ومن ضروراته ازالة يد المالك عنه فتحقق الغصب بخلاف الجلوس على البساط
لان البسط فعل المالك وقد بقي أثر فعله في الاستعمال وما بقي أثر فعله تبقى يده فله يوجب ازالة يد المالك
فلم يتحقق الغصب كذا قالوا قال ابن العزوني كلام المصنف ههنا مؤاخذه لفظية وهي في قوله وجل
الدابة يعني والجل عليها وحقه أن يقول وتحميل الدابة لان جل لا يتعدى بنفسه الى اثنين وانما يتعدى
بنفسه الى واحد والى آخر يحرف الجر فتقول جلت المتاع على الدابة فيصح اضافة المصدر منه الى المتاع
لا الى الدابة فتقول جلت المتاع ولا تقول جلت الدابة الا أن يضعف الفعل فيتعدى الى اثنين بنفسه فتقول
جلت الدابة المتاع فيثبت تصح اضافة مصدره الى الدابة فتقول تحميل الدابة لان التحميل مصدر جل
للضعف للتعدية اه كلامه (أقول) هذا الذي ذكره ظاهر وكان صاحب الكافي عن هذا غير
عبارة المصنف ههنا فقال حتى كان استخدام عبد الغير والجل على دابة الغير غصبا ولكن يمكن توجيهه
كلام المصنف ههنا بما وجبه الفاضل الشريف في شرح المفتاح قول العلامة السكاكي افتخارا
بمواعظنا حيث قال والاصل أن يقال بالمواطبة عليها أي على العبادة الا أنه نزع الخافض وعدى المصدر
بالايصال اه وقصده الجواب عن قول المحقق التفتازاني هناك وفي تعدية المواظبة بنفسها تقرر
والصواب بالمواظبة عليها اه تأمل (قوله ثم ان كان مع العلم فحكمه المأثم والمغرم وان كان
بدونه فالضمان) أقول هذا انما يتبين فيما اذا هلك المغصوب في يد الغاصب وأما اذا كان قائما
في يده فحكمه رد العين كما سأل في الكتاب وكان المناسب بهذا المقام بيان حكمه الكلي دون حكمه
الخاص بصورة الهلاك اللهم الا أن يبنى كلامه هنا على ما قيل ان الموجب الاصل للغصب مطلقا هو
التهمة ورد العين مخلص كما سيجي من ذكره ولكنه قول ضعيف جدا على ما يدل عليه تقرير المصنف فيما
بعد وصرحوا به في الشروح ثم فكيف يليق بمثل المصنف بناء كلامه على ذلك (قوله ولان المثل أعديل
لما فيه من مراعاة الجنس والمالية) قال في النهاية والعناية لان الخطئة مثلا مثل الخطئة جنسا ومالية
الخطئة المؤداة مثل مالية الخطئة المغصوبة لان الجودرة ساقطة العبرة في الاموال الربوية اه (أقول)

على مثله الكامل فعليه قيمته يوم الخصومة عند أبي حنيفة رحمه الله

(قوله والثاني اما أن يكون له مثل أي يكون مما يضمن بمثله) أقول فيه بحث لافضائه الى الدور (قوله لان الجودرة ساقطة العبرة في
الربويات) أقول وفي لطائف الاشارات ضمن الجيد بمثله لا يردى رعاية للمالئة

وقال أبو يوسف يوم الغصب وقال محمد يوم الانقطاع (لأبي يوسف أنه لما انقطع التحق بما مثل له فتعتبر
قيمه يوم انعقاد السبب اذ هو الموجب

وقال أبو يوسف رحمه الله
يوم الغصب وقال محمد
رحمه الله يوم الانقطاع لأبي
يوسف أنه لما انقطع التحق
بما المثل له فتعتبر قيمته
يوم انعقاد السبب اذ هو
الموجب

قال المصنف (وقال أبو
يوسف يوم الغصب) أقول
وفي شرح الوقاية لصدر
الشرعية مذهب أبي
يوسف أعديل لأنه لم يبق
شيء من نوعه في يوم
الخصومة والقيمة تعتبر
بكثره الرغبات وقتها وفي
المعدوم هذا متعذر
أومتعسر ويوم الانقطاع
لا يضبط له وأيضاً لم ينتقل
إلى القيمة في هذا اليوم اذ لم
يوجد من المالك طلب
وأيضاً عند وجود المثل لم
ينتقل وعند عدمه لا قيمة له
انتهى ويمكن أن يجاب عنه
بما ذكر في النهاية حيث قال
وحد الانقطاع ما ذكره
أبو بكر النجاشي هو أن
لا يوجد في السوق الذي
يباع فيه وإن كان يوجد في
اليوم وعلى هذا انقطاع
الدراهم انتهى

الظاهر أن المقصود من التعرض ههنا لبيان كون الجوده ساقطة العبرة في الاموال الربوية دفع وورد
سؤال على أن يكون في إيجاب المثل مراعاة المالية بظهور تحقق الاختلاف بين ذوات الامثال بالجوده
والرداءة ولكن اندفاعه بذلك غير واضح عندى لأنه ان أراد يكون الجوده ساقطة العبرة في الاموال
الربوية أنه لا تفاوت بين جيدها وورديتها في المالية فهو ممنوع اذ التفاصل في القيمة بينهما في المتعارف
ظاهر جداً وإن أراد بذلك أنه لا عبرة بالتفاوت بين الاموال الربوية في وصف الجوده والرداءة عند أهل
الشرع لقول النبي صلى الله عليه وسلم جيدها وورديتها سواء فهو مسلم لا كلام فيه لكن لا يندفع به
السؤال المتجه على قول المصنف ههنا لما فيه من مراعاة الجنس والمالية بأن مراعاة المالية في إيجاب
المثل غير مسلم لتحقيق الاختلاف بين ذوات الامثال بالجوده والرداءة وذلك يقتضى التفاوت بينهما
في المالية بل لا يخفى على ذى فطرة سليمة ان عدم الاعتبار لتفاوت الاموال الربوية في وصف الجوده
والرداءة عند أهل الشرع يؤيد ورود ذلك السؤال ههنا اذ لو كان عندهم اعتبار لتفاوتها في ذلك لما
تصور التفاوت في المالية عند مراعاة التساوى في الوصف أيضاً تأمل تقف (قوله لأبي يوسف أنه لما
انقطع التحق بما المثل له فتعتبر قيمته يوم انعقاد السبب اذ هو الموجب) قال صاحب النهاية فان قلت
لم يقدم قول أبي يوسف في التعليل ولم يوسطه كما هو حقه قلت يحتمل أن يكون ذلك الوجهين أحدهما
أن يكون المختار قوله لقوة دليله اذ فيه اثبات الحكم بحسب ثبوت الموجب لأن المغموص دخل في ضمان
الغاصب من وقت الغصب فيجب أن يكون اعتبار القيمة من وقت الغصب والثاني لاثبات الاقوال
الثلاثة بحسب ترتيب الزمان على تلك الاقوال فان أول الاوقات من هذه الاقوال الثلاثة يوم الغصب
ثم يوم الانقطاع ثم يوم الخصومة فايراد الاقوال على ترتيب هذه الازمنة لم يأت إلا بتقديم قول أبي يوسف
ثم بقول محمد ثم بقول أبي حنيفة رحمه الله اه كلامه وقد ذكر الوجه الثاني فقط بطريق الاجمال
في معراج الدراية أيضاً وكذا ذلك الوجه فقط في العناية أيضاً ولكن بطريق النقل بقيل (أقول)
كل واحد من ذينك الوجهين منظور فيه أما الوجه الاول فلا نأخذ كرفيه لا يدل على قوة دليل أبي
يوسف لأن المغموص المتلى انما دخل في ضمان الغاصب وقت الغصب بضمن المثل ثم انتقل الى ضمان
القيمة بالانقطاع كما أفصح عنه المصنف في ذلك دليل محمد في أن يجب أن يكون اعتبار القيمة من وقت
الغصب دون وقت الانقطاع حتى يلزم قوة دليله ولو لم يلزم قوة دليله فهي تقتضى تأخير دليله اذ من عادة
المصنف المستمرة أن يؤثر القوى عند ذكر الأدلة على الاقوال المختلفة ليقع المؤخر بمنزلة الجواب عن
المقدم وإن كان يقدم القوى في الأكثر عند نقل أصل الاقوال وهذا مما لا ستره به عند من له قدم راسخ
في معرفة أساليب كلام المصنف وأما الوجه الثاني فلا نأثبت تلك الاقوال بحسب الترتيب الزماني
مما لا يتعلق به نظر فقهي أصلاً فتغير المصنف أسلوبه المقرر بمجرد ذلك الأمر الوهمي مما لا يناسب بشأه
الرفيع فالوجه عندى أن المصنف جرى ههنا أيضاً على عادته المقررة من تأخير الأقوى فالاقوى عند
ذكر الأدلة على الاقوال المختلفة ليحصل الجواب من المتأخر لا تقدم كما حصل ههنا أيضاً ذلك على ما يشهد
به التأمل الصادق قال مدر الشريعة في شرح الوقاية أقول قول أبي يوسف أعديل لأنه لم يبق شيء
من نوعه في يوم الخصومة والقيمة تعتبر بكثره الرغبات وقتها وفي المعدوم هذا متعذر أومتعسر ويوم
الانقطاع لا يضبط له وأيضاً لم ينتقل إلى القيمة في هذا اليوم اذ لم يوجد من المالك طلب وأيضاً عند
وجود المثل لم ينتقل وعند عدمه لا قيمة له الى هنا كلامه وقال بعض الفضلاء بعد نقل كلام
صدر الشريعة ويمكن أن يجاب عنه بما ذكر في النهاية حيث قال وحد الانقطاع ما ذكره أبو بكر

(ولمجد الخ) كلامه فيه واضح
 قيل انما قدم قول أبي يوسف
 لنثبت الاقوال بحسب ترتيب
 الزمان على تلك الاقوال فان
 أول الاوقات يوم الغصب ثم
 يوم الانقطاع ثم يوم الخصومة
 وابراد الاقوال على هذه
 الأئمة لم يأت بالابتداء
 قول أبي يوسف وان كان
 الثاني فعليه قيمته يوم غصبه
 قال المصنف رحمه الله
 (معناه) أي معنى قوله
 لا مثل له (العديدات المتفاوتة)
 وتحقيقه أن معناه الشيء
 الذي لا يضمن بمثله من جنسه
 لان الذي لا مثل له على
 الحقيقة هو الله تعالى وذلك
 كالعديدات المتفاوتة مثل
 الدواب والنبات وانما وجب
 قيمته (لتعذر مراعاة الحق في
 الجنس فيراعى في المالية
 وحدها دفعا للضرر بقدر
 الامكان

قال المصنف (لانه مطالب
 بالقيمة بأصل السبب كما وجد
 فتعتبر قيمته عند ذلك) أقول
 فيه بحث فانه مطالب بالعين
 اذا كانت قائمة على القول
 الأقوى (قوله لان الذي
 لا مثل له على الحقيقة هو
 الله تعالى) أقول اذا اجسام
 متماثلة لتجانس الجواهر
 الفردية والمجردات غير ثابتة
 (قوله وذلك كالعديدات الخ)
 أقول أشار بقوله ذلك الى
 الشيء في قوله أن معناه
 الشيء الذي الخ

ولمجد أن الواجب المثل في الذمة وانما ينتقل الى القيمة بالانقطاع فتعتبر قيمته يوم الانقطاع ولا ي
 حنيفة أن النقل لا يثبت بمجرد الانقطاع ولهذا الصواب أن يوجد جنسه له ذلك وانما ينتقل بقضاء
 القاضي فتعتبر قيمته يوم الخصومة والقضاء بخلاف ما لا مثل له لانه مطالب بالقيمة بأصل السبب كما وجد
 فتعتبر قيمته عند ذلك قال (وما لا مثل له فعليه قيمته يوم غصبه) معناه العديدات المتفاوتة لانه
 لما تعذر مراعاة الحق في الجنس فيراعى في المالية وحدها دفعا للضرر بقدر الامكان

الثلجي وهو أن لا يوجد في السوق الذي يباع فيه وان كان يوجد في البيوت وعلى هذا انقطاع الدراهم اه
 وقد سبقه الى هذا الجواب صاحب الاصلاح والايضاح (أقول) ويمكن رد هذا الجواب بأن
 يجوز أن يكون مراد صدر الشريعة بالمعدوم ما هو معدوم في السوق الذي يباع فيه لا المعدوم في
 الخارج مطلقا وكأنه هذا قال وفي المعدوم هذا متعذرا ومتعسرا يعني أنه بعد ما عدم في السوق
 الذي يباع فيه ان لم يوجد في البيوت أيضا تعذر التقويم وان وجد فيها تعسر التقويم لان معيار
 تقويم المقومين هو السوق الذي يباع فيه الاشياء وفي غير ذلك لا يتيسر التقويم العادل وكذا
 مراده بعدم بقاء شيء في قوله لم يبق شيء من نوعه في يوم الخصومة عدم بقائه في السوق الذي يباع فيه
 فعلى هذا لا يمكن الجواب عنه بما ذكره أبو بكر الثلجي في هذا الانقطاع كالايجز (قوله بخلاف ما لا
 مثل له لانه مطالب بالقيمة بأصل السبب كما وجد فتعتبر قيمته عند ذلك) أقول فيه اشكال لان
 هذا لا يتم على ما سيجي وعن قريب من أن الموجب الاصل في الغصب على ما قالوا هو رد العين
 وانما رد القيمة مخلص خلفا اذا المطالب بأصل السبب حينئذ فيما لا مثل له أيضا انما هو رد العين لانه
 الواجب الاصل مطلقا وانما ينتقل الى القيمة بهلاك العين فينبغي أن تعتبر قيمته وقت هلاك عينه لا وقت
 وجود أصل السبب وهو الغصب ألا يرى أن الواجب بعد هلاك العين فيما لا مثل هو المثل في الذمة
 وانما ينتقل الى القيمة بالانقطاع عند محمد فتعتبر قيمته وقت الانقطاع عندهم وبقضاء القاضي عند أبي
 حنيفة فتعتبر قيمته وقت الخصومة والقضاء عندهم ولا تعتبر قيمته وقت وجود أصل السبب عند أحد
 منهم ما وبالمجمل الفرق بين ما لا مثل له وبين ما له مثل على قول أبي حنيفة ومحمد بأن القيمة تعتبر في الاول
 عند وجود أصل السبب وفي الثاني عند الانتقال الى القيمة غير واضح على ما قالوا ان الموجب الاصل في
 الغصب مطلقا هو رد العين وانما رد القيمة مخلص خلفا كما سيجي وما على ما قيل ان الموجب الاصل هو
 القيمة ورد العين مخلص كما سيجي وأيضا لا يتم دليل أبي حنيفة ولا دليل محمد وأما الذي كل منهما اتصريح
 بأن الموجب الاصل في الغصب غير القيمة وانما ينتقل اليها بأمر عارض فالمقام لا يخلو عن الاشكال على
 كل حال (قوله وما لا مثل له فعليه قيمته يوم غصبه معناه العديدات المتفاوتة) يعني معنى قول القدوري في
 مختصره ما لا مثل له العديدات المتفاوتة قال صاحب العناية أخذ من النهاية وتحقيقه أن معناه الشيء
 الذي لا يضمن بمثله من جنسه لان الذي لا مثل له على الحقيقة هو الله تعالى وذلك كالعديدات المتفاوتة
 مثل الدواب والنبات اه (أقول) هذا الذي عده تحقيقا مما لا طائل تحته بل لا حاصل له لانه ان أراد
 بالشيء الذي لا يضمن بمثله من جنسه ما لا يكون له مثل من جنسه ولا يضمن بمثله من جنسه فينافيه تعليله
 بقوله لان الذي لا مثل له على الحقيقة هو الله تعالى لان ما لا يكون له مثل من جنسه لا يكون له مثل من غير
 جنسه أيضا بالاولوية فلا يكون له مثل أصلا وقد قال في التعليل ان الذي لا مثل له على الحقيقة هو الله
 تعالى فكيف يتصور أن يكون ذلك معنى قوله ما لا مثل له في قوله وما لا مثل له فعليه قيمته يوم غصبه وان
 أراد بذلك ما له مثل من جنسه ولكن لا يضمن بمثله من جنسه بل يضمن بقيمته كما هو الظاهر من فعله
 فعلى تقدير أن يكون هذا معنى قول القدوري ما لا مثل له في قوله وما لا مثل له فعليه قيمته يلزم الاختلال
 في وضع المسئلة اذ يصير حينئذ معنى المسئلة وما لا يضمن بمثله من جنسه بل يضمن بقيمته فعليه قيمته

أما العددي المتقارب (فهو كالكيلى حتى يجب مثله لقلة التفاوت) قيل وإنما اقتصر على المكيلى ولم يقل والموزون لأن من الموزونات ما ليس بمثل وهو الذى فى تبعيضه ضرر كالصوغ من الققم والطشت وليس بواضح لأن من المكيلى ما ليس كذلك كالبر المخلوط بالشعير فإنه لا يمثل له فيه القيمة وإن كان الأول فعلى الغاصب رد العين ولعمري أن تقديم هذا القسم كان أنسب فتأمل (لقوله صلى الله عليه وسلم على اليد ما أخذت حتى ترد) وقال صلى الله عليه وسلم لا يحل لاحد أن يأخذ متاع أخيه لأعبالاً جاذافاً (أخذه فليرده عليه) وهو واضح ورواية الفائق والمصابيح بدون حرف العطف وحرف النفي ومعناه أن لا يريد بأخذه سرقة ولكن إدخال الغيظ (٣٦٦) على أخيه فهو لاعب في مذهب السرقة جاذف في إدخال الأذى عليه أو فاصد لعب

أما العددي المتقارب فهو كالكيلى حتى يجب مثله لقلة التفاوت وفي البر المخلوط بالشعير القيمة لأنه لا يمثل له قال (وعلى الغاصب رد العين المقصوبة) معناه ما دام قائماً لقوله عليه الصلاة والسلام على اليد ما أخذت حتى ترد وقال عليه الصلاة والسلام لا يحل لأحد أن يأخذ متاع أخيه لأعبالاً جاذافاً (أخذه فليرده عليه) ولأن اليد حتى مقصود وقد فوتها عليه فيجب إعادتها بالرد إليه وهو الموجب الأصلي على ما قاله الأورد القيمة مخلص خلفاً لأنه قاصر إذا الكال في رد العين والمالية وقيل الموجب الأصلي القيمة ورد العين مخلص ويظهر ذلك في بعض الأحكام

وهو يريد أنه يجد في ذلك ليغبطه (ولأن اليد حتى مقصود) بدليل جواز إذن العبد في التجارة فإنه لا يحكم لشرائه في حق نفسه سوى التصرف باليد لاسيما إذا كان مدوناً فإنه ليس هناك شائبة النيابة عن المولى في التصرف فعلم أن اليد حتى مقصود (وقد فوتها عليه فيجب) عليه (إعادتها بالرد إليه وهو الموجب) أي رد العين هو الموجب (الأصلي على ما قاله الأورد القيمة مخلص خلفاً لأنه قاصر إذا الكال في رد العين والمالية وقيل الموجب الأصلي القيمة ورد العين مخلص ويظهر ذلك في بعض الأحكام)

(قوله قيل وإنما اقتصر على قوله والطشت) أقول الآن بينهما فرقاً فإن البر والشعير مختلفان من الأصل بخلاف الققم والطشت المعمولين من

أي بضمن بقيته في شبه جواب المسئلة بلغوم الكلام ليكون معلوماً بصدر المسئلة وبالجملة تفسير ما لا يمثل له في هذه المسئلة بما لا يضمن بمثله كما فعله صاحب العناية والنهاية وكذا تفسير ما لا يمثل في المسئلة الأولى بما لا يضمن بمثله كما فعله صاحب العناية مما لا تقبله فطرة سليمة لاستحرامه اعتبار جواب المسئلة في صدر المسئلة فيكون معنى قولهم في المسئلة الأولى أيضاً من غصب شيئاً مثل فهل في يده فعليه ضمان مثله ولا يخفى ما فيه من الاستدراك واللاغية فالحق عندي أن المراد بما لا يمثل في المسئلة الأولى ما لا يمثل صورة ومعنى وهو المثل الكامل الذي ينصرف إليه المثل عند الإطلاق وبما لا يمثل في هذه المسئلة ما لا يمثل له صورة ومعنى وإن كان له مثل معنى فقط وهو القيمة التي هي المثل القاصر وقد أفصح عن نوعي المثل في الكافي حيث قال من قبل أن المثل نوعان كامل وهو المثل صورة ومعنى وهو الأصل في ضمان العدوان حتى صار بمنزلة الأصل وقاصر وهو المثل معنى وهو القيمة والقاصر لا يكون مشروعا مع احتمال الأصل لأنه خلف عن المثل الكامل اه فيصير معنى هذه المسئلة وما لا يكون له مثل كامل فعليه مثله القاصر وهو القيمة فينتظم المقام بلا كافة قال في الكافي بعد ذكر مسئلتنا هذه وقال ما لك بضمن مثله صورة من جنس ذلك لما تلونا ولنا ما روى عن شريح من كسر عصا فهي له وعليه قيمتها وهو المراد بالمثل المذكور في النص اه (أقول) يرد عليه أنه لو كانت القيمة هي المراد بالمثل المذكور في النص وهو قوله تعالى فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم لما تم الاستدلال بذلك النص الشريف على وجوب ضمان المثل صورة ومعنى على من غصب شيئاً له مثل كالكيلى والموزون فهل في يده وقدم الاستدلال به على ذلك في المسئلة الأولى وهو الذي أشار إليه في الكافي وغيره بقوله لما تلونا فتدبر (قوله أما العددي المتقارب فهو كالكيلى) قال في النهاية وإنما اقتصر على المكيلى ولم يقل كالكيلى والموزون لأن من الموزونات ما ليس بمثل

أصل واحد كالتحاس فان اختلافاً فهما ليس بالاختلاف الصفة (قوله ولعمري أن تقديم هذا الخ) أقول وهو وإنما قدم المصنف ما قدمه اهتماماً بالكثرة الخلاف فيما يتعلق به وكون الكتاب من الخلافات فتأمل (قوله كان أنسب) أقول لأنه موجب قال المصنف (ويظهر ذلك في بعض الأحكام) أقول منها الوأبراء عن الضمان حال قيام العين يصح حتى لو هلك بعده لا يجب الضمان ولو لأن الواجب الأصلي القيمة لما صح ذلك ومنها لو كفل بالمغصوب يصح ولو لم يكن الضمان واجبا لكان كفاً بالعين وهذا يصح ومنها أنه لا يجب الزكاة على الغاصب في نصاب يد الغاصب إذا انتقص ذلك النصاب بمقابلة وجوب قيمة المغصوب حال قيام المغصوب كذا ذكره في النهاية والجواب أنها عرضية أن يوجد له شبهة الوجود في الحال والقيمة كذلك (قوله لأنه قاصر الخ) أقول يعني لأن رد القيمة قاصر

فهما اذا أبرأ الغاصب عن الضمان حال قيام العين فانه يبرأ حتى لو هلك بعد ذلك لا ضمان عليه ولو لم يكن وجوب القيمة على الغاصب في الحال ثابتا لما صح الابرأ لان الابرأ عن العين لا يصح ومنها خصصة الكفالة مع أن الكفالة لا تصح بالعين ومنها وجوب الزكاة فان الغاصب اذا كان له انصاب في ملكه وقد غصب شيئا وهو قائم في يده لا يجب عليه الزكاة اذا انتقص النصاب بمقابله وجوب قيمة المغصوب قبل والصحيح هو الاول لان الموجب الاصل لو كان القيمة لجاز للغاصب أن يمتنع عن رد العين اذا قدر على القيمة لان المصير الى الخلف انما يكون عند عدم القدرة على الاصل وليس كذلك والجواب عن مسألة الابرأ انما هو بعرضية أن يوجد له شبهة الوجود في الحال والقيمة كذلك فكان الابرأ صحيحا من ذلك الوجه وقد قررنا ذلك في التقرير والافوار وعن مسألة الكفالة أن الكفالة بالاعيان المضمونة بنفسها صحيحة والمغصوب منها وقد تقدم في الكفالة وعن مسألة الزكاة بما ذكرنا في مسألة الابرأ (ثم الواجب الرد في المكان الذي غصبه لتفاوت القيم بتفاوت الاماكن فان ادعى

(٣٦٧)

هلا كما حبسه الحاكم حتى يعلم انهم لو كانت باقية لا تظهرها) ومقدار ذلك مفروض الى رأى الحاكم وهذا اذا لم يرض المالك بالقضاء بالقيمة فان رضى أو حبسه الحاكم مدة ولم يظهرها (قضى عليه

(والواجب الرد في المكان الذي غصبه) لتفاوت القيم بتفاوت الاماكن (فان ادعى هلا كما حبسه الحاكم حتى يعلم انهم لو كانت باقية لا تظهرها ثم قضى عليه ببذلها) لان الواجب رد العين والهلاك يعارض فهو يدعى أمرا عارضا خلاف الظاهر فلا يقبل قوله كما اذا ادعى الافلاس وعليه عن متاع فيحبس الى أن يعلم ما يدعيه فاذا علم الهلاك سقط عنه رده فيلزمه رد بده وهو القيمة قال (والغصب فيما ينقل ويحول)

ببذلها) بما اتفقا عليه من القيمة أو أقام المالك بينة على ما يدعيه من القيمة (لان الواجب رد العين والهلاك يعارض فالغاصب يدعى أمرا عارضا خلاف الظاهر فلا يقبل قوله)

وهو الموزون الذي في تبعيضه ضرر كالمصوغ من القم والطشت اه (أقول) لقائل أن يقول لو كان اقتصاره على المكمل لذلك الشيء الذي ذكره لاقتصر عليه فيما مر أيضا حيث قال ومن غصب شيئا مثل المكمل والموزون فهلك في يده فعليه مثله وليس فليس وأورد عليه صاحب العناية بوجه آخر حيث قال بعد ذلك ما في النهاية بقبول وليس بواضح لان من المكمل ما هو كذلك كالبر الخلوط بالشعير فانه لا يمثل له فيه القيمة اه (أقول) يمكن أن يجاب عنه بأن الظاهر أن مراد المصنف بالمكمل في قوله أما العبدى المتقارب فهو كالمكمل حتى يحب مثله لقلة التفاوت هو المكمل من جنس واحد بقرينة قوله بعده وفي البر الخلوط بالشعير القيمة لانه لا يمثل له بقرينة شهرة اعتبار الجنس مع المكمل في تحقق المماثلة في الكيسل كما تقرر في باب الرابح من البيوع (قوله والغصب فيما ينقل ويحول) أي الغصب يتقرر فيما ينقل ويحول بدليل قوله لان الغصب بحقيقته ويتحقق فيه كذا في معراج الدراية ثم ان المقصود بيان تحقق الغصب فيما ينقل ويحول دون غيره لا بيان مجرد تحققه في المنقول اذ لا خلاف فيه ولا اشتباه وانما الخلاف والاشتباه في عدم تحققه في غير المنقول فهو المقصود الاصل بالبيان ههنا فالقصر معتبر في التركيب المذكور أعني قوله والغصب فيما ينقل ويحول كما أشار اليه تاج الشريعة حيث قال في تفسير ذلك أي تحقق الغصب في المنقول دون غيره وأشار اليه صاحب العناية أيضا حيث قال في تفسير ذلك أي تحقق الغصب في المنقول دون غيره وأشار اليه صاحب العناية أيضا حيث قال الغصب كائن فيما ينقل ويحول لا في العقار بل أشار اليه المصنف نفسه

وكلامه ظاهر فان قيل ذكر في الذخيرة في السير أن الغاصب اذا غصب المغصوب والقاضي يقضى عليه بالقيمة من غير تلوم فإوجهه قبل في المسئلة رايان وقيل المذكور في الذخيرة جواب الجواز والمذكور في الكتاب جواب الافضل

قال (والغصب فيما ينقل ويحول الخ) الغصب كائن فيما ينقل ويحول لا في العقار وهو كل ماله أصل كالدار والضيعة والنقل والتحويل واحد وقيل التحويل هو النقل من مكان والاثبات في مكان آخر كما في حوالة الباذنجان والنقل يستعمل بدون الاثبات في مكان آخر

(قوله اذا انتقص النصاب بمقابله وجوب قيمة المغصوب) أقول كما اذا انتقص بالدين (قوله قبل والصحيح) أقول القائل هو الاتقاني (قوله لان المصير الى الخلف انما يكون عند عدم القدرة على الاصل وليس كذلك) أقول رده العلامه الزبلى وقال كونه لا يصار اليه مع القدرة على رد العين لا يدل على أنه ليس بأسل كالمظهر مع الجمعية فان الظاهر هو الاصل والجمعية خلف عنه ولا يصار اليه الا عند العجز عن اقامتها الى هنا عبارته وولاء أن تقول ثبت ذلك على خلاف القياس بالنص فيقتصر على مورد (قوله وعن مسألة الكفالة أن الكفالة بالاعيان المضمونة بنفسها صحيحة) أقول وأنت خير بأنه يجوز أن يجاب عن هذه المسئلة بما أجيب به عن مسألة الابرأ (قوله وقيل المذكور في الذخيرة جواب الجواز) أقول يعني لو قضى بلا تلوم يجوز (قوله والمذكور في الكتاب جواب الافضل) أقول يعني الافضل هو التلوم قال المصنف (والغصب فيما ينقل ويحول) أقول والغصب مبتدأ وقوله فيما ينقل خبره

(لان الغصب بحقيقته) حواله (يتحقق في المنقول دون غيره لان ازالة اليد بالنقل) ولان نقل في العقار والغصب بدون الازالة لا يتحقق (فانما غصب عقار افهالك في يده بغير صنعه لم يضمنه عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمه الله وقال محمد رحمه الله يضمنه وهو قول أبي يوسف الاول والشافعي رحمه الله لتحقيق (٣٦٨) اثبات اليد بالسكنى ووضع الأمتعة وغير ذلك (ومن ضرورته زوال اليد بالمالك

لان الغصب بحقيقته يتحقق فيه دون غيره لان ازالة اليد بالنقل (واذا غصب عقار افهالك في يده لم يضمنه) وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد يضمنه وهو قول أبي يوسف الاول وبه قال الشافعي لتحقيق اثبات اليد ومن ضرورته زوال اليد بالمالك لاستحالة اجتماع البدن على محل واحد في حالة واحدة فيتحقق الوصفان وهو الغصب على ما بيناه فصار كالمنقول ويجوز الوديعه

حيث قال في تعليل ذلك لان الغصب بحقيقته يتحقق فيه دون غيره قلت بقي الكلام في أن أداء القصر في التركيب المزبور ماذا فعلها هي تعريف المسند اليه بلام الجنس فانه يفيد قصر المسند اليه على المسند كما صرحوا به في علم الأدب ومنه ينعوالتو كل على الله والكرم في العرب والامام من قرش (قوله لان الغصب بحقيقته يتحقق فيه دون غيره لان ازالة اليد بالنقل) أقول لقائل أن يقول هذا القدر من الدليل بدون التفصيل الآتي في دليل عدم الضمان في غصب العقار لا يفيد المدعى ههنا كما لا يخفى على من أحاط بحقيقة المقام خبرا وبذ كر التفصيل الآتي هناك يستغنى عن ذكر الدليل ههنا فالأحسن أن يكتفى بما سبأ في في تعليل جواب مسألة غصب العقار المتفرعة على الأصل المذكور ههنا كما كتفي بيان الخلاف هناك عن بيانه ههنا فان الخلاف المذكور هناك متحقق ههنا أيضا بحالة (قوله واذا غصب عقار افهالك في يده لم يضمنه) أقول كان اللائق بالمصنف أن يذ كر القامع بدل الواو في قوله واذا غصب عقار الخ لان هذه المسئلة متفرعة على ما سبق من الأصل فينبغي أن يظهر علامة التفريع في اللفظ كما وقع في سائر الكتب فذكرت كلمة القامع في عامتها وكلمة حتى في المحيط حيث قال فيه وشرطه عند أبي حنيفة كون المأخوذ منقولاً وهو قول أبي يوسف الآخر حتى أن غصب العقار عند أبي حنيفة وأبي يوسف في قوله الآخر لا ينعقد موجباً للضمان اهـ والعجب أن كلمة القامع كانت مذكورة في مختصر القدوري فبدلها المصنف بالواو في البداية والهداية * ثم أقول المراد بالغصب في قوله واذا غصب عقار هو الغصب اللغوي دون الغصب الشرعي فلا يجه أن يقال قد تقرر في عامر أن حكم الغصب مطلقاً عند هؤلاء العيين الغصوبة في يد الغاصب هو الضمان فكيف يصح الحكم ههنا بعدم الضمان في غصب العقار وههنا كفي في يد الغاصب لان الضمان انما هو حكم الغصب الشرعي دون اللغوي والتحقيق ههنا هو الثاني دون الاول فلا منافاة قال بعض الفضلاء اطلاق لفظ الغصب هنا مجاز على سبيل المشاكلة اهـ (أقول) فيه أن المصير الى المجاز انما هو عند تعذر الحقيقة وهنا الحقيقة اللغوية متميزة فلا يصار الى المجاز اللهم إلا أن يريد المجاز المجاز بالنظر الى الوضع الشرعي دون المجاز المطلق فلا ينافي كونه حقيقة بالنظر الى الوضع اللغوي ولكن حق الادما ما قدمناه كما لا يخفى وقال صاحب غايه البيان وقد اختلف عبارات المشايخ في غصب الدور والعقار على مذهب أبي حنيفة وأبي يوسف فقال بعضهم يتحقق فيها الغصب ولكن لا على وجهه بوجوب الضمان واليه مال القدوري في قوله واذا غصب عقار افهالك في يده لم يضمنه عند أبي حنيفة وأبي يوسف لانه أثبت الغصب ونفى الضمان وقال بعضهم لا يتحقق أصلاً واليه مال أكثر المشايخ اهـ كلامه (أقول) فيه نظر لانه ان أراد أن بعضهم قال يتحقق الغصب الشرعي على مذهب أبي حنيفة وأبي يوسف فلان لم ذلك اذ لم يقل أحد ان الغصب الشرعي يتحقق عندهما فيما كيف ولو قاله المصنف منه أن يقول لا على وجهه بوجوب

لاستحالة اجتماع البدن من جنس واحد (على محل واحد في حالة واحدة) وانما قيل من جنس واحد احترازاً عما إذا أجرداره من رجل فأنها في يد المستأجر حقيقة وفي يد الآخر حكماً لكن ما يبدان مختلفان (فيتحقق الوصفان) يعني ازالة يد المالك واثبات يد الغاصب (وهو الغصب) أي تحقق الوصفين هو الغصب (على ما بيناه فصار كالمنقول) في تحقق الوصفين (وبجود الوديعه) في العقار فانه اذا كان وديعه في يد شخص فعهده كان ضامناً بالاتفاق فالقول بالضمان في هذه الصورة وقد ثبت أن جهود الوديعه غصب مع عدم القول به في غير صورة الجحود تناقض ظاهر وكان التكليف باثبات ازالة اليد من جانب الشافعي للالزام لانه يكتفي في الغصب باثبات اليد الباطلة كما تقدم

(قوله لان الغصب بحقيقته الخ) أقول تعليل لقوله الغصب كائن فيما ينقل ويحول لافي العقار قال المصنف (واذا غصب

عقاراً) أقول اطلاق لفظ الغصب هنا مجاز على سبيل المشاكلة قال المصنف (لتحقق اثبات اليد ومن ضرورته زوال يد المالك) أقول ولتعليل قول محمد لا لتعليل قول الشافعي فان عنده يتحقق الغصب باثبات اليد بدون ازالة يد المالك كذا في شرح الكاكي وقال الاكمل وكان التكليف باثبات اليد الباطلة كما تقدم

(ولاي حنيفة وأبي يوسف أن الغصب اثبات اليد بازالة اليد المالك) أي بسبب ذلك (وهذا) أي هذا المجموع (لا يتصور في العقار لان يد المالك لا تزول الا باخراجه) أي باخراج المالك (عنها) أي عن العقار بمعنى الضيعة أو الدار (وهو) أي الاخراج (فعل في المالك لا في العقار) فانتفى ازالة اليد والكل ينتفى بانتفاء جزئه (فصار كما اذا بعد المالك عن المواشي) حتى تلفت فان ذلك لا يكون غصبا لها (وفي المنقول النقل فعل فيه وهو الغصب ومسئلة الجود عنوعة) ذكر في المختلفات أن الوديعة لو كانت عقارا لاتضمن وان محدود ذكر في المبسوط والا أصبح أن يقال بجود الوديعة بمنزلة الغصب فلا يكون موجبا للضمان في العقار في قول أبي حنيفة وأبي يوسف رجحما الله (ولو سلم فالضمان هناك بترك الحفظ الملتزم وبالجود تارك لذلك) قال (وما نقصه منه بفعله أو سكتاه ضمنه) وما نقصه الغاصب من العقار بفعله أو سكتاه ضمنه في قولهم جميعا أما على قول محمد والشافعي رجحما الله فظاهر وأما على قول أبي حنيفة وأبي يوسف رجحما الله فلا تلاف ولا غصب يضمن به كما اذا نقل ترابه لانه فعل في العين قال المصنف رحمه الله (ويدخل فيما قاله) يعني القدر الذي اذا انهدمت الدار بسكتاه وعمله) بأن كان عمله الخدادة أو الفسادة فوهي جدار الدار بسبب ذلك وانهدم كان مضمونا عليه وانما قيد بذلك لانه اذا انهدمت الدار بعد ما غصبها وسكن فيها لا بسكتاه وعمله بل بأقفة سماوية فلا ضمان عليه عند أبي حنيفة وأبي يوسف (٣٦٩) (فلو غصب دارا وباعها وسلمها وأقر

بالغصب ولا يثبت لصاحب الدار) على أنها ملكه (فهو على الاختلاف في الغصب) لا يضمن البائع للمالك شيئا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رجحما الله لان البيع والتسليم غصب وهو لا يتحقق موجبا للضمان في الغصب عندهما خلافا لمحمد رحمه الله وقيد بقوله ولا يثبت لانه اقرار البائع بالغصب في حق المشتري باطل فاذا لم يكن للمالك يثبت تحقق الغصب وأما اذا كان له يثبت أنه يمكن يقيمها على أن الدار ملكه وبأخذها من المشتري فلا يضمن البائع بالاتفاق وقوله (هو الصحيح) يحتمل أن يكون

وله ما أن الغصب اثبات اليد بازالة يد المالك بفعل في العين وهذا لا يتصور في العقار لان يد المالك لا تزول الا باخراجه عنها وهو فعل فيه لا في العقار فصار كما اذا بعد المالك عن المواشي وفي المنقول النقل فعل فيه وهو الغصب ومسئلة الجود عنوعة ولو سلم فالضمان هناك بترك الحفظ الملتزم وبالجود تارك لذلك قال (وما نقصه منه بفعله أو سكتاه ضمنه في قولهم جميعا) لانه اتلاف والعقار يضمن به كما اذا نقل ترابه لانه فعل في العين ويدخل فيما قاله اذا انهدمت الدار بسكتاه وعمله ولو غصب دارا وباعها وسلمها وأقر بذلك والمشتري ينكر غصب البائع ولا يثبت لصاحب الدار فهو على الاختلاف في الغصب هو الصحيح

الضمان فان وجوب الضمان عند هلاك المصوب في يد الغاصب حكم مقر راطلق الغصب الشرعي لا يتخلف عنه عند أحد وانما المراد بالغصب في عبارة من أثبت الغصب ونفي الضمان هو الغصب اللغوي دون الشرعي كما بيناه وان أراد أن بعضهم قال يتحقق فيها الغصب اللغوي ولا يوجب الضمان وبعضهم قال لا يتحقق فيها الغصب اللغوي أيضا فلا نسلم أن أحدا قال ان الغصب اللغوي لا يتحقق فيها لان الغصب اللغوي على ما مر في صدر الكتاب أخذ الشيء من الغير على سبيل التغلب ولا شك في تحقق هذا المعنى في العقار اذ لم يعتبر فيه ازالة يد المالك أصلا فضلا عن ازالة يده بفعل في العين كما هو المانع عن تحقق الاصل الشرعي عنده ما في العقار على ما استعرفه فلا يصح مدعى له أدنى عيب إنكار تحقق الغصب اللغوي في العقار فضلا عن مثل مشايخنا هؤلاء الأجلاء (قوله ولهما أن الغصب اثبات اليد بازالة يد المالك بفعل في العين وهذا لا يتصور في العقار لان يد المالك لا تزول الا باخراجه عنها وهو فعل فيه لا في العقار) قال صاحب العناية في حل هذا المحل ولا يثبت حنيفة وأبي يوسف أن الغصب اثبات

(٤٧ تكمله سابع) احتراز عن قول بعضهم بأن في مسئلة البيع والتسليم الضمان على البائع بالاتفاق فان قيل اذا شهد اقرار انسان وقضى له بها ثم جعاضنا قيمته المأشهود عليه بالاتفاق واتلافها كما اتلاف البائع بالبيع والتسليم ولا ضمان فيه عندهما أجيب بأن مسئلة الشهادة على قول محمد وعلى تقدير أن يكون قول الجميع فالفرق بين المستثنين أن الاتلاف في مسئلة الشهادة حصل بشهادتهم ما حتى لو أقام البينة على المالك لنفسه لا تقبل بينته والعقار يضمن بالاتلاف وأما في مسئلتنا فان الاتلاف لم يحصل بالبيع والتسليم بل بحجز المالك عن اثبات ملكه بينته ألا ترى أنه لو أقام البينة على أنه املكه قضى له بها فلهذا لا يكون البائع ضامنا

قال المصنف (ولهما أن الغصب اثبات اليد بازالة يد المالك بفعل في العين) أقول لست شعري بأي دليل ثبت كون ازالة يد المالك بفعل في العين ومتى ثبت بل مفهوم ازالة اليد بتحقيقه في اخراج المالك أظهر ويجوز أن يقال الواجب ضمان المحل فاذا لم يكن له فعل في المحل بل في ملكه لا يجب ضمان المحل قال المصنف (وهذا لا يتصور في العقار) أقول للغصم أن يقول انما يضمن فيه لانتفاء اثبات اليد فأمل (قوله أي بسبب ذلك) أقول فيه تأمل فان السببية غير ظاهرة بل الظاهر أنها الاصل أو الأصلحة (قوله فاذا لم يكن للمالك يثبت تحقق الغصب) أقول فيه بحث (قوله لو أقام البينة) أقول يعني المالك (قوله على المالك لنفسه) أقول يعني بعد الشهادة والقضاء

قال (واذا انتقص بالزراعة يغرم النقصان) لانه أتلف البعض فياخذ رأس ماله ويتصدق بالفضل قال
(وهذا عند أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف لا يتصدق بالفضل) وسند كراوجه من الجانبين قال
(واذا هلك النقلي في يد الغاصب بفعله أو بغير فعله ضمنه)

اليد بازالة يد المالك أي بسبب ذلك وهذا أي هذا المجموع لا يتصور في العقار لان يد المالك لا تزول الا
بإخراجه أي بإخراج المالك عنها أي عن العقار معنى الضيعة أو الدار وهو أي الإخراج فعل في المالك
لا في العقار فانتفى ازالة اليد والكل ينتفى بانتفاء مجزئه اه (أقول) في تقريره تصور أمّا أولاً فلا يثبته
جعل الباء في قول المصنف بازالة يد المالك للسمية وليس بواضح ادعى تقدير تحقق السببية بين اثبات يد
الغاصب وبين ازالة يد المالك كان السبب هو اثبات يد الغاصب دون ازالة يد المالك ليكون الاول وجوديا
وأصلاً صادراً من الغاصب والثاني أمراً عدمياً متقرباً على الاول وأيضاً لو كان الباء المزبورة للسمية
كان معنى كلام المصنف ولهما أن الغصب اثبات اليد المسبب عن ازالة يد المالك بفعل في العين فلا يفهم
منه كون الغصب عندهما مجموع اثبات اليد العادية وازالة يد المالك بفعل في العين كما هو المقصود
فالوجه أن يكون الباء معاً للصاحبة فيكون المعنى ولهما أن الغصب اثبات اليد مع ازالة يد المالك بفعل
في العين فحينئذ ينظم المعنى وبحصل المقصود وأما ثانياً فلا نحتاج المتبادر من قوله فانتفى ازالة اليد بدون
التقييد أن لا تتحقق ازالة اليد أصلاً في غصب العقار عندهما وليس كذلك إذ قد مر في تعليل قول محمد
أن من ضرورة اثبات اليد زوال يد المالك لاستحالة اجتماع اليدين على محل واحد في حالة واحدة وفي
تعليل قوله ما ههنا لم يتعرض لنفي تلك المقدمة وليست بشألة للثني والمنع لتقريرها وبداهتها فلا جرم
كانت مسلمة عندهما أيضاً فكيف يتم تقرير دليلهما بوجه يشعر بانتفاء ازالة اليد أصلاً في غصب
العقار فالاولى في تقرير دليلهما واحداً كلام المصنف ههنا أن يقال ولهما أن الغصب اثبات اليد
العادية مع ازالة يد المالك بفعل في العين لا مع ازالة يد المالك مطلقاً أي سواء كانت بفعل في العين
أو بفعل في المالك وما كان من ضرورة اثبات اليد انما هو زوال يد المالك مطلقاً لا زوالها بوجه خاص
وهو أن يكون بفعل في العين وهذا يعني مجموع ما اعتبر في حقيقة الغصب من ازالة اليد العادية مع ازالة
يد المالك بفعل في العين لا يتصور في العقار لان يد المالك في العقار لا تزول الا بإخراج المالك عنها أي
عن العين المغصوبة وهو أي ذلك الإخراج فعل في المالك لا في العقار فلم يوجد فيه ازالة يد المالك بفعل
في العين فلم يتحقق فيه حقيقة الغصب فلم يلزم الضمان عنده لا كما في يد الآخذ وبهذا التقرير يثبت
مدعى الامام الاعظم والامام الثاني ويخرج الجواب عما ذكر في دليل امامنا الثالث والسابع كما
لا يخفى على ذي فطرة سليمة واستشكل بعض الفضلاء هذه التعليل حيث قال لست شعري بأي دليل
ثبت كون ازالة يد المالك بفعل في العين ومتى ثبت بل مفهوم ازالة اليد يتحققه في إخراج المالك أظهر
اه (أقول) قد ثبت ذلك بدليل ذكره صاحب البدائع حيث قال وأما أبو حنيفة وأبو يوسف فترأى على
أصلهما أن الغصب ازالة يد المالك عن ماله بفعل في المال ولم يوجد في العقار والدليل على أن هذا
شرط تحقق الغصب الاستدلال بضممان الغصب فان أخذ الضمان من الغاصب تفويت يده عنه
بفعل في الضمان فيستدعى وجود ماله منه في المغصوب ليكون اعتداء بالمثل الى هنا كلامه فتأمل
ثم أورد ذلك البعض على قول المصنف في تعليل قوله ما ههنا لا يتصور في العقار بأن قال للخصم أن يقول
انما لم يضمن فيه لانتفاء اثبات اليد فتأمل اه (أقول) ليس هذا بشئ إذ ليس في الخصوم من ينكر
تحقق اثبات اليد فيه ولا من يقول بعدم الضمان فيه كما عرفتة آنفاً فكيف يتصور أن يقول الخصم

(وان انتقصت بالزراعة
يغرم النقصان) ويعرف
النقصان بأن ينظر ربكم
تستأجر هذه الارض قبل
استعمالها أو بكم تستأجر
بعد استعمالها فتفاوت
ما بينهما من نقصانها وهذا
قول نصير بن يحيى وكلامه
واضح قال (واذا هلك النقلي
في يد الغاصب بفعله أو
بغير فعله ضمنه)

وذكر اختلاف النسخ وبين المراد واستدل بقوله (لأن العين دخل في ضمانه بالغصب السابق اذ هو السبب وعند العجز عن رد منجب القيمة) يعني على رأي من يرى أن الموجب الاصل في الغصب رد العين ورد القيمة مخلص خلفاً (أو تنقرر) أي القيمة (بذلك السبب) يعني على رأي من يرى أن الاصل هو القيمة ورد العين خلف عنه فإن هلك العين تقرت القيمة عليه كما كانت واجبة عند الغصب (ولهذا) أي ولو كان الغصب السابق هو السبب (تعتبر قيمته يوم الغصب) ولا فصل في ذلك بين ما يكون الهلاك بفعله أو بفعل غيره (وان نقص) المغموب (في يد الغاصب) ولم يخبر نقصانه بوجه آخر (ضمن النقصان) سواء كان النقصان في يده مثل أن كان جارية فاعورت أو ناهضة النديين فأنكسر نديه أو في غير يده مثل أن كان عبداً محترفاً فأنسى الحرفة (لأنه دخل في ضمانه بجميع) (٣٧١) أجرائه بالغصب (وقد فات منه جزءه) (ف) تعذر رد عينه (و) ماتعذر

رد عينه يجب رد قيمته) وأما اذا انجبر نقصانه مثل أن ولدت المغموبة عند الغاصب فردها أو في قيمة الولد وله بنقصان الولادة فلا يضمن الغاصب شيئاً عندنا خلافاً لزمه رحمه الله فإن كان النقصان بتراجع السعر فلا يخلو أما أن يكون الرد في مكان الغصب أولاً فإن كان فيه فلا ضمان عليه لأن تراجع السعر يفتور الرغبات لا بفوات جزه وان لم يكن فيه يخبر المالك بين أخذ القيمة والانتظار إلى الذهاب إلى ذلك المكان فيسترده لأن النقصان حصل من قبل الغاصب بنقله إلى هذا المكان فكان له أن يلتزم الضرر ويطالبه بالقيمة وله أن ينتظر فقوله (بمخلاف تراجع السعر) متعلق بقوله فما تعذر رد عينه يجب رد

وفي أكثر نسخ المختصر واذا هلك الغصب والمنقول هو المراد لما سبق أن الغصب فيما ينقل وهذا لأن العين دخل في ضمانه بالغصب السابق اذ هو السبب وعند العجز عن رد يجب رد القيمة أو ينقل بذلك السبب ولهذا تعتبر قيمته يوم الغصب (وان نقص في يده ضمن النقصان) لأنه يدخل جميع أجرائه في ضمانه بالغصب فما تعذر رد عينه يجب رد قيمته بمخلاف تراجع السعر اذا رد في مكان الغصب لأنه عبارة عن فتور الرغبات دون فوت الجزه وبمخلاف المبيع لأنه ضمان عقد أما الغصب فقبض والاوصاف تضمن بالفعل لا بالعقد على ما عرف

انما لم يضمن فيه لا تنفاه نبات اليد (قوله وفي أكثر نسخ المختصر واذا هلك الغصب والمنقول هو المراد لما سبق أن الغصب فيما ينقل) أقول لقائل أن يقول أن أراد أن الغصب الشرعي فيما ينقل فهو مسلم ولكن لا يعلم به كون المنقول هو المراد بالغصب المذكور ههنا في أكثر نسخ المختصر لجواز أن يكون المراد بذلك الغصب اللغوي وهو يعم المنقول وغيره ألا يرى أنه ذكر الغصب فيما مر في قوله واذا غصب عقاراً فهلك في يده لم يضمنه وأراد به معناه اللغوي لا المحالة وان أراد أن الغصب مطلقاً فيما ينقل فهو ممنوع جداً ويمكن أن يحجب عنه أن المراد هو الاول ولا بد جواز أن يكون المراد بالغصب المذكور ههنا في أكثر نسخ المختصر الغصب اللغوي دون الشرعي لأن المعنى اللغوي في المنقولات الشرعية معنى مجازي بالنظر إلى وضع أهل الشرع على ما عرف في علم الاصول بل في علم البيان أيضاً فلا بد في اعادة المعنى اللغوي بالمنقولات الشرعية في مخاطبة أهل الشرع من قرينة وههنا القرينة منتفية فوجب الجمل على المعنى الشرعي بخلاف قوله فيما مر واذا غصب عقاراً فان قوله قبيل ذلك والغصب فيما ينقل وبحول قرينة على أن يكون المراد بالغصب في قوله غصب عقاراً معناه اللغوي دون الشرعي تدبر (قوله) ولهذا تعتبر قيمته يوم الغصب) أقول فيه شيء وهو أن الظاهر أن مسئلتنا هذه نعم المثل وغير المثل من المنقولات لم يعم الحكم المذكور في جوابها كلاً منها مع أن قوله ولهذا تعتبر قيمته يوم الغصب لا يتشبه في صورة المثل على قول أبي حنيفة ومحمد رحمه الله اذ قد نقرر فيما مر أن المعتبر في هاتيك الصورة عند أبي حنيفة قيمته يوم الخصومة وعند محمد قيمته يوم الانقطاع فليتم التقريب ليكون المسئلة اتفاقية (قوله وان نقص في يده ضمن النقصان لأنه يدخل جميع أجرائه في ضمانه بالغصب فما تعذر رد عينه يجب رد قيمته) أقول في هذا التعليل قصوراً قد صرح في عامة الشروح بأن مسئلتنا هذه نعم ما كان النقصان في بدن المغموب مثل أن كان جارية فاعورت أو ناهضة النديين فأنكسر نديه أو ما كان في غير

قيمه (وبمخلاف المبيع) معطوف على قوله بمخلاف يعني اذا قص شيء من قيمة المبيع في يد البائع بفوات وصف منه قبل أن يقبضه المشتري لا يضمن البائع شيئاً لنقصانه حتى لا يسقط شيء من الثمن عن المشتري بسبب نقصان الوصف وان فسخ النقصان كما لو اشترى جارية بمائة مثلاً فاعورت في يد البائع فصارت تساوي خمسين كان المشتري بخير اربعين امضاء البيع وفسخه فلو اختار البيع وجب عليه تسليم تمام المائة كما شرط لأنه ضمان عقد والاوصاف لا تضمن به (أما الغصب فقبض والاوصاف تضمن بالفعل) وهو القبض وهذا لان العقد يرد على الاعيان لا على الاوصاف والغصب فعل يحل الذات بجميع أجرائها وصفاتها فكانت مضمونة

(قوله لان النقصان حصل من قبل الغاصب بنقله إلى هذا المكان فكان له أن يلتزم الضرر ويطالبه بالقيمة) أقول الضمير في نقله راجع إلى الغاصب والضمير في يطالبه راجع إلى المالك المقدم ذكره والضمير في يطالبه راجع إلى الغاصب

قال المصنف رحمه الله
(ومراده) أي مراد القدوري
رحمه الله بقوله وإن نقص في
يده ضمن النقصان (غير الربوي
أما في الرويات) كما إذا غصب
حنطة فعفت عنده أو أناه
فضة فأنشئ في يده (ولا
يمكنه تضمين النقصان مع
استرداد الأصل لأنه يؤدي
إلى الربا) لكن صاحبه بالخيار
إن شاء أخذ ذلك بعينه ولا
شيء له غيره وإن شاء تركه
وضمنه مثله قال (ومن غصب
عبدًا فاستغله) أي ومن غصب
عبدًا فآجره وقبض الأجرة
فصار مهز ولا في العمل
فعلية النقصان لما بينا أنه
دخل جميع أجزائه في ضمانه
بالغصب فما عذر رد عينه
يجب رد قيمته ونقصان وصفه
مما عذره فيه الرد فوجب رد
قيمة النقصان ويتصدق
بالغلة عند أبي حنيفة ومحمد
رحمهما الله وعند أبي يوسف
رحمه الله لا يتصدق بها
وعلى هذا إذا أجر المستعير
المستعار والمودع الوديعة

قال المصنف (قال
رضي الله عنه وهذا
عندهما أيضا) أقول
الظاهر تقديم أيضا على
قوله عندهما

قال رضي الله عنه ومراده غير الربوي أما في الرويات لا يمكنه تضمين النقصان مع استرداد الأصل لأنه
يؤدي إلى الربا قال (ومن غصب عبدًا فاستغله فنقصته الغلة فعليه النقصان) لما بينا (ويتصدق بالغلة)
قال رضي الله عنه وهذا عندهما أيضا وعنده لا يتصدق بالغلة وعلى هذا الخلاف إذا أجر المستعير المستعار
بده مثل أن كان عبدًا محترقًا فقتل الحرق فلا يخفى أن التعليل المذكور لا ينشئ في الصورة الثانية
لأن النقصان فيها من حيث الأوصاف دون الأجزاء فالأولى في التعليل أن يقال لأنه يدخل جميع أجزائه
وأوصافه في ضمانه بالغصب فإنه أوفى بالصورتين معًا وأوفى لقوله الآتي وبخلاف المبيع لأنه ضمان
عقد أما الغصب فقبض والأوصاف تضمين بالفعل لا بالعقد على ما عرف تأمل تقف (قوله ومراده غير
الربوي) أما في الرويات لا يمكنه تضمين النقصان مع استرداد الأصل لأنه يؤدي إلى الربا) يعني أن مراد
القدوري بقوله وإن نقص في يده ضمن النقصان غير الربوي وأما في الرويات أي في الأموال الربوية
التي لا يجوز بيعها بجنسها متفاضلا فلا يمكن للمالك تضمين النقصان في الوصف مع استرداد الأصل لأنه
يؤدي إلى الربا هذا خوى كلامه (أقول) لقائل أن يقول عدم إمكان ذلك مسلم فيما إذا كان نقصان
الرويات في الأوصاف كما إذا غصب حنطة تعفت في يده إذا اعتبر للتفاوت في الوصف عندنا
في الأموال الربوية فيؤدي تضمين النقصان في الوصف مع استرداد الأصل إلى الربا بالاحتمال وأما فيما
إذا كان نقصانها في الأجزاء كما إذا غصب كيليا أو وزنا فتلف بعض أجزائه فنقص قدره كدلاء أو وزنا
فيمكن لصاحب المال تضمين النقصان مع استرداد الباقي من الأصل بلا تأد إلى الربا أصلا كما لا يخفى فما
معنى تخصيص مراد القدوري بغير الربوي والقول بعدم إمكان تضمين النقصان مع استرداد الأصل
في الرويات مطلقا تأمل وقال صاحب العناية في شرح هذا المقام قال المصنف ومراده أي مراد
القدوري بقوله وإن نقص في يده ضمن النقصان غير الربوي أما في الرويات كما إذا غصب حنطة فعفت
عنده أو أناه فضة فأنشئ في يده فلا يمكنه تضمين النقصان مع استرداد الأصل لأنه يؤدي إلى الربا لكن
صاحبه بالخيار إن شاء أخذ ذلك بعينه ولا شيء له غيره وإن شاء تركه وضمنه مثله إلى هنا كلامه (أقول)
نقرر صاحب العناية ههنا وإن كان مطابقا لما ذكر في الكافي وما ذكر في النهاية نقلا عن الإيضاح إلا أنه
منظور فيه عندي أما أولا فلا أنه قد صرح في شروح الهداية فيما مر حتى العناية بنفسها وفي سائر
المعتبرات أيضا بأن الوزني الذي في تبعضه مضرة كالصوغ من القمم والطست ليس بمثل بل هو من
ذوات القيم ولا شك أن أناه فضة من ذلك القبيل فكيف يتم تمثيل الرويات ههنا بأناه فضة أنشئ في يده
وأما ثانيا فلا أنه كيف يصح قوله وإن شاء تركه وضمنه مثله وتضمن المثل أنما يتصور في المثليات دون
ذوات القيم التي منها أناه فضة على مقتضى ما صرحوا به كما مر آنفا ففعل الحق في حكم غصب أناه فضة
إذا نقص في يده ما نقله صاحب العناية عن مختصر الشيخ أبي الحسن الكرخي من أن صاحبه بالخيار
إن شاء أخذ بعينه ولا شيء له غير ذلك وإن شاء ضمنه قيمته من الذهب وبعبارة الكرخي هكذا وإن كان
الأناه فضة فهو بالخيار إن شاء أخذ بعينه ولا شيء له غير ذلك وإن شاء ضمنه قيمته من الذهب وكذلك إن
كان الأنا من ذهب فهو بالخيار إن شاء أخذ بعينه وإن شاء أخذ قيمته من الفضة انتهت ونقل صاحب
النهاية مثل ذلك عن المبسوط بطريق التفصيل غير أن الواقع فيه قلب فضة بدل أناه فضة حيث قال وفي
المبسوط وإن استهلك قلب فضة فعليه قيمته من الذهب مصوغا عندنا وعند الشافعي ضمن قيمته من
جنسه بناء على أصله أن الجودة والرداءة والصنعة في الأموال الربوية قيمة وعندنا لا قيمة لها عند المقابلة
بجنسها فلو أوجبنا مثل قيمتها من جنسها أدى إلى الربا ولو أوجبنا مثل وزنها كان فيه إبطال حق
المقصود منه عن الجودة والصنعة فلمراعاه حقه والحرز عن الربا قلنا يضمن القيمة من الذهب مصوغا

لأبي يوسف رحمه الله أنه حصل في ضمانه وملكه أما الضمان فظاهر لأن المصوب دخل في ضمان الغاصب وأما الملك فلأنه عمله من وقت الغصب مستندا إذا ضمن ولهما القول بالموجب أي سلمنا أنه حصل في ملكه وضمنه ولكنه بسبب خبيث وهو التصرف في ملك الغير وما هو كذلك فسيبيله التصديق إذا فرغ يحصل على وصف الأصل أصله حديث الشاة المصلية وهو معروف فإن قيل التصرف في ملكه مستندا فإني يكون الخبث أجاب بقوله (والملك المستند ناقص) يعني لكونه ثابتا فيه من وجه دون وجه ولهذا يظهر في حق القائم دون الفاني (فلا ينعدم به الخبث فلو هلك العبد في يد الغاصب حتى ضمنه له أن يستعين بالغلة في أداء الضمان لأن الخبث لأجل الملك ولهذا وسلم الغلة مع العبد إلى الملك بياح له التناول فيزول الخبث بالأداء إليه بخلاف ما إذا باع الغاصب العبد فله في يد المشتري ثم استحق وغرمه المشتري فإن الغاصب ليس له أن يستعين بالغلة في أداء الثمن إلى المشتري لأن الخبث ما كان لأجله إلا إذا لم يجد الغاصب غيره) أي غير الغلة بتأويل المذكور أو الأجر أو المال (لأنه محتاج إليه وللمحتاج إليه أن يصرفه إلى حاجة نفسه) (٣٧٣) وهو أول بذلك لأنهم ملكه وإن كان فيه

خبث (فلو أصاب ما لا تصدق بمثله إن كان غنيا وقت الاستعمال) أي وقت استهلاك الثمن (وإن كان فقيرا فلا شيء عليه لما ذكرنا) أنه محتاج وكذلك إن استهلك الغلة مكان الثمن إن كان محتاجا فلا شيء عليه وإن كان غنيا فعليه أن يتصدق بمثله قال (ومن غصب ألفا فاشترى بها جارية) الغاصب إذا تصرف في المصوب أو الوديعة وربح لا يطيب له الربح عند أي حنيفة ومحمد رحمه الله خلافا لأبي يوسف رحمه الله وقد مر في الدلائل وجوابهم في الوديعة أظهر لما ذكرنا أنه لا يستند الملك إلى ما قبل التصرف لأنعدام سبب الضمان فكان

لأبي يوسف أنه حصل في ضمانه وملكه أما الضمان فظاهر وكذا الملك لأن المضمونات عمك بأداء الضمان مستندا عندنا ولهما أنه حصل بسبب خبيث وهو التصرف في ملك الغير وما هذا حاله فسيبيله التصديق إذا فرغ يحصل على وصف الأصل والملك المستند ناقص فلا ينعدم به الخبث (فلو هلك العبد في يد الغاصب حتى ضمنه له أن يستعين بالغلة في أداء الضمان) لأن الخبث لأجل المال ولهذا يؤدي إليه بياح له التناول فيزول الخبث بالأداء إليه بخلاف ما إذا باعه فله في يد المشتري ثم استحق وغرمه ليس له أن يستعين بالغلة في أداء الثمن إليه لأن الخبث ما كان لحق المشتري إلا إذا كان لا يجد غيره لأنه محتاج إليه وله أن يصرفه إلى حاجة نفسه فلو أصاب ما لا تصدق بمثله إن كان غنيا وقت الاستعمال وإن كان فقيرا فلا شيء عليه لما ذكرنا قال (ومن غصب ألفا فاشترى بها جارية فباعها بالعين ثم اشترى بالالفين جارية فباعها بثلاثة آلاف درهم فانه يتصدق بجميع الربح وهذا عندهما) وأصله أن الغاصب أو المودع إذا تصرف في المصوب أو الوديعة وربح لا يطيب له الربح عندهما خلافا لأبي يوسف وقد مر في الدلائل وجوابهم في الوديعة أظهر لأنه لا يستند الملك إلى ما قبل التصرف لأنعدام سبب الضمان فلم يكن التصرف في ملكه ثم هذا ظاهر فيما يتعين بالإشارة أما فيما يتعين كالثنين

أه (قوله لأبي يوسف أنه حصل في ضمانه وملكه أما الضمان فظاهر وكذا الملك لأن المضمونات عمك بأداء الضمان مستندا عندنا) أقول فيه نوع تأمل لأن الذي حصل في ضمانه وملكه انما هو البعض الفاني من المصوب دون مجموع المصوب لأن الكلام فيما إذا نقصته الغلة فوجب عليه ضمان النقصان مع استرداد الأصل والظاهر أن الغلة أي الأجر بمقابلة منافع مجموع العبد المصوب المستغل لا بمقابلة منفعة وصفه الفاني فقط فما وجه القول بأن لا يتصدق بشيء من الغلة أصلا فتفكر (قوله فلو أصاب ما لا تصدق بمثله إن كان غنيا وقت الاستعمال وإن كان فقيرا فلا شيء عليه لما ذكرنا) فسر جهوا الشراح وقت الاستعمال بوقت استهلاك الثمن ونقل صاحب النهاية هذه المسئلة عن المبسوط

التصرف في غيره ملكه مطلقا فيكون الربح خبيثا وانما كرر الشراء في وضع المسئلة تنبيه على تحقق الخبث وإن تداولته الأيدي ثم هذا أي عدم طيب الربح فيما يتعين بالإشارة كالعرض ظاهر وأما فيما لا يتعين بالتعيين كالثنين الدراهم والدنانير

(قوله ولكنه بسبب خبيث) أقول أي ولكنه حصل أولكن الحصول (قوله وأصله حديث الشاة المصلية) أقول سيجي الحديث بتفصيله في الدرس الآتي قال المصنف (والملك ناقص) أقول حيث لم يملك العبد كله بل ما نقصته الغلة إذ لم يضمن غيره نعم لا عموم لهذا الوجه على هذا المعنى لما إذا ضمن قيمة العبد كله وفي أكثر النسخ والملك المستند ناقص فلا مجال للعمل على هذا الاحتمال إلا يجعل الكلام عهدي (قوله أجاب بقوله والملك المستند ناقص يعني لكونه ثابتا فيه من وجه دون وجه ولهذا يظهر في حق القائم دون الفاني) أقول المضمون هو ما نقصته الغلة وهو فاني غير قائم فتأمل فإنه إذا غصب جارية ووطئها ثم ضمن قيمتها لم يظهر الملك في حق حل الوطء الذي فات قال المصنف (في زوال الخبث بالأداء إليه) أقول زوال الخبث بالنسبة إلى المالك لتناوله مال نفسه لا يوجب جوازا لاستعانة للغاصب في أداء ما وجب عليه بتلك الغلة لكن أدى دين زيد بماله الآخر فلي تأمل فإن جوابه غير خفي

فقوله (في الكتاب) يعني الجامع الصغير (اشترى بها الإشارة إلى أن التصديق انما يجب اذا اشترى بها او تقدمتها) قال نخر الاسلام لان ظاهر هذه العبارة يدل على أنه أراد بها اذا أشار اليها وتقدمتها أما اذا أشار اليها وتقدم من غيرها أو تقدمتها أو أشار إلى غيرها أو أطلق إطلاقا وتقدمتها بطيبه وهذه أربعة أوجه أيضا وهو أنه اذا دفع إلى البائع تلك الدراهم أولا ثم اشترى منه تلك الدراهم وهذا التفصيل في الجواب قول الكرخي رحمه الله لان الإشارة اذا كانت لاتنفيد التعيين كان وجودها وعدمها سواء فلا بد أن يتأكد بالنقد ليتحقق الخبث قالوا والفقوى اليوم على قوله لكثرة الحرام دفعا للرجوع عن الناس وقال نخر الاسلام رحمه الله قال مشايخنا رحمه الله لا يطيب له قبل أن يضمن وكذا بعد الضمان بكل حال أي في الوجوه كلها وهو المختار لاطلاق الجواب في الجامعين والمضاربة بقوله يتصدق بجميع الربح وقال وذلك لأنه اذا تقدمت ما لم يشرف سلامة المبيع حصلت به هذه الدراهم فأما أن يصير عنها عوضا فلا تثبت شبهة الخبث وان أشار إليها وتقدم من غيرها فاعلام جنس الثمن وقدره حصل بهذه الإشارة فكان للعقد تعلق بها فتمكن شبهة الخبث أيضا وسبيل مثله التصديق فاستوت الوجوه كلها في الخبث ووجوب

التصدق (وان اشترى بال ألف جارية تساوي ألفين فوهبها أو طعما فأفأ كله لم يتصدق بشيء) بل رد عليه مثل ما غصب (في قولهم جميعا لان الربح انما يتبين عند اتحاد الجنس)

قال المصنف (لاطلاق الجواب في الجامعين والمضاربة) أقول هذا تعليل لعدم الطيب قبل الضمان وبعده لا لقوله بكل حال ولا للمجموع كالا يخفى

(٣٧٤)

فقوله في الكتاب اشترى بها الإشارة إلى أن التصديق انما يجب اذا اشترى بها او تقدمتها) قال نخر الاسلام لان ظاهر هذه العبارة يدل على أنه أراد بها اذا أشار اليها وتقدمتها أما اذا أشار اليها وتقدم من غيرها أو تقدمتها أو أشار إلى غيرها أو أطلق إطلاقا وتقدمتها بطيبه وهذه أربعة أوجه أيضا وهو أنه اذا دفع إلى البائع تلك الدراهم أولا ثم اشترى منه تلك الدراهم وهذا التفصيل في الجواب قول الكرخي رحمه الله لان الإشارة اذا كانت لاتنفيد التعيين لا بد أن يتأكد بالنقد ليتحقق الخبث وقال مشايخنا لا يطيب له قبل أن يضمن وكذا بعد الضمان بكل حال وهو المختار لاطلاق الجواب في الجامعين والمضاربة قال (وان اشترى بال ألف جارية تساوي ألفين فوهبها أو طعما فأفأ كله لم يتصدق بشيء) وهذا قولهم جميعا لان الربح انما يتبين عند اتحاد الجنس

بعبارة صريحة فيما فسر وابه وقت الاستعمال حيث قال في المبسوط فاذا أصاب بعد ذلك ما لا تصدق بمثله ان كان استهلك الثمن يوم استهلكه وهو غني وان كان محتاجا يوم استهلك الثمن لم يكن عليه أن يتصدق بشيء من ذلك اه (أقول) فيه اشكال فانه يجوز أن يكون غنيا وقت استهلاك الثمن ويصير فقيرا وقت الاستعانة بالغلة في أداء الثمن إلى المشتري في هذه الصورة كيف يؤثر الغنى السابق الثابت وقت استهلاك الثمن في حق الغلة المصروفة إلى حاجته في حال فقره لا لاحق حتى يلزمه التصديق بمثلها عند أصابته مالا ولا يرى أنه لو صرفها إلى حاجة غيره من سائر الفقراء لم يلزمه التصديق بمثلها من بعد أصلا فقما اذا صرفها إلى حاجة نفسه حال فقره كان أولى بذلك كما صرحوا به فيما قبل اللهم إلا أن يقال وجه تأثير الغنى السابق في تلك الصورة هو أنه ان لم يستهلك الثمن حال غناه بلا ضرورة لاحتمال أن ينفق ذلك الثمن إلى وقت لزوم أداء الثمن إلى المشتري فلا يحتاج إلى الاستعانة بالغلة لكن ذلك الاحتمال أمر موهوم يبعد أن يكون مدار الحكم الشرعي فتدبر وفسر تاج الشريعة وقت الاستعمال المذكور في كلام المصنف بوقت الصرف إلى حاجة نفسه (أقول) هذا هو الظاهر ولكن فيه أيضا شئ وهو أن الصرف إلى حاجة نفسه انما يجوز رأسا اذا كان لا يجد غير تلك الغلة كما أفصح عنه المصنف بقوله ليس له أن يستعين بالغلة في أداء الثمن إليه الا اذا كان لا يجد غيره ولا يخفى أنه اذا كان لا يجد غير ذلك كان فقيرا البتة فلم يكن وجه ترداد المصنف حينئذ بقوله فلو أصاب ما لا تصدق بمثله ان كان غنيا وقت الاستعمال وان كان فقيرا فلا شئ عليه اذ عناه فبعد أن صرفها إلى حاجة نفسه لو أصاب مالا الخ اللهم إلا أن يقال يجوز أن يكون غنيا ولا يجد غير ذلك بان كان ابن السيل فتأمل (قوله فقوله في الكتاب اشترى بها الإشارة إلى أن التصديق انما يجب اذا اشترى بها وتقدمتها) أقول في عبارة المصنف ههنا تسامح لان حاصلها يؤل إلى أن يقال فقوله في الكتاب اشترى بها إشارة إلى نفسه وإلى غيره لان قوله اشترى بها في قوله انما يجب اذا اشترى بها وتقدمتها نفس ما في الكتاب وقوله وتقدمتها أمر مغاير له ولا معنى للقول بأن في الشئ إشارة إلى نفسه وإلى غيره كالا يخفى فالظاهر أن يقال فقوله في الكتاب اشترى بها إشارة إلى أن التصديق انما يجب اذا أشار إليها وتقدمتها اذ حيث لا يلزم المذخور المذكور وتظهر المقابلة بقوله بعده وأما اذا أشار إليها وتقدم من غيرها أو تقدمتها أو أشار إلى غيرها كالا يذهب على ذي مسكة ثم ان ما أخذ قول المصنف ثم هذا ظاهر فيما يتعين بالإشارة إلى قوله وهو المختار لاطلاق الجواب في الجامعين والمضاربة ما ذكره نخر الاسلام في شرح الجامع الصغير ولفظه اذا أشار إليها وتقدمتها بديل

التصدق (وان اشترى بال ألف جارية تساوي ألفين فوهبها أو طعما فأفأ كله لم يتصدق بشيء) بل رد عليه مثل ما غصب (في قولهم جميعا لان الربح انما يتبين عند اتحاد الجنس) بأن يصير الأصل وما زاد عليه دراهم ولم يصرف لم يظهر الربح

قال المصنف (لاطلاق الجواب في الجامعين والمضاربة) أقول هذا تعليل لعدم الطيب قبل الضمان وبعده لا لقوله بكل حال ولا للمجموع كالا يخفى

فصل لما فرغ من بيان حقيقة الغصب وحكمه من وجوب رد العين أو المثل أو القيمة أعقبه بذكر ما يزول به ملك المالك لانه عارض وحقه الفصل عما قبله (واذا تغيرت العين المغصوبة بفعل الغاصب حتى زال اسمها وعظم منافعتها زال ملك المغصوب منه عنها وملكها الغاصب وضمنها ولا يحل له الانتفاع بها حتى يؤدي بدلها) قوله بفعل الغاصب احتراز عما اذا تغير بغير فعله مثل أن صار الغصب زيبا بنفسه أو خلا أو الرطب غرافا أن المالك فيه بالخيار أن شاء أخذه وإن شاء تركه وضمنه وقوله حتى

(٣٧٥)

زال اسمها احتراز عما اذا غصب شاة فذبحها فانه لم يزل بالذبح المجرى ملك مال كها لانه لم يزل اسمها يقال شاة مذبوحة وشاة حية وقوله وعظم منافعتها يتناول الخطة اذا غصبها وطحنها فان المقاصد المتعلقة بعين الخطة كجعلها هريسة وكسكا ونشأ وبذر وغيرها يزول بالطحن والظاهر أنه تأكيد لان قوله زال اسمها يتناولها فانها اذا طحنت صارت تسمى دقيقا لا خطة ومثل ذلك بقوله (كن غصب شاة وذبحها وشواها أو طحنها) وفيه اشارة الى أن الذبح وحده لا يزيل الملك بل الذبح والطحن بمنزلة طعن الخطة والامثلة كلها تدل على أنه لا بد للغاصب نفسه من فعل (قوله وهذا كله) يعني زوال ملك المالك وتملك الغاصب وضمنه (عندنا وقال الشافعي رحمه الله لا ينقطع حق المالك وهو رواية عن أبي يوسف رحمه الله

فصل فيما يتغير بعمل الغاصب قال (واذا تغيرت العين المغصوبة بفعل الغاصب حتى زال اسمها وعظم منافعتها زال ملك المغصوب منها عنها وملكها الغاصب وضمنها ولا يحل له الانتفاع بها حتى يؤدي بدلها كن غصب شاة وذبحها وشواها أو طحنها أو حنطة فطحنها أو حديد فاقطعها أو صفر ففعلها آنية) وهذا كله عندنا وقال الشافعي رحمه الله لا ينقطع حق المالك وهو رواية عن أبي يوسف رحمه الله

قول المصنف اذا اشترى بها ونقدمتها فانه قال هناك وهذا واضح فيما يتبعين بالاشارة اليه فاما في الدراهم والدنانير فقد ذكر في الكتاب اذا اشترى بها تصدق بالربح ونظاهر هذه العبارة يدل على أنه أراد بها اذا اشار اليها ونقدمتها وكان الكرخي يقول في المسئلة ان ذلك على أوجه اما ان يشير اليها وينقدمها واما ان يشير اليها وينقدم من غيرها واما ان يطلق اطلاقا وينقدمها أو يشير الى غيرها وينقدمها وفي كل ذلك بطيب إلا أن يشير اليها وينقدمها فان الاشارة اليها لا تفيد التعيين فيستوى وجودها وعدمها إلا أن يتأكد بالنقد منها قال مشايخنا بل لا يطيب بكل حال أن يتناول من المشتري قبل أن يضمن وبعد الضمان لا يطيب الربح بكل حال واطلاق الجواب ههنا والمضاربة والجامع الكبير دليل على هذا القول وهو المختار الى هنا لفظ نخر الاسلام في شرح الجامع الصغير وقال في الذخيرة قال مشايخنا الفتوى اليوم على قول الكرخي لكثرة الحرام دفعه العرج عن الناس وعلى هذا انقرروا رأي الصدر الشهيد وشمس الأئمة السرخسي

فصل فيما يتغير بعمل الغاصب قال في العناية لما فرغ من بيان حقيقة الغصب وحكمه من وجوب رد العين أو المثل أو القيمة أعقبه بذكر ما يزول به ملك المالك لانه عارض وحقه الفصل عما قبله اه (أقول) فيه كلام أما أولا فلان ما يزول به ملك المالك وان كان عارضا لا يصل الغصب إلا أن رد المثل أو القيمة متفرع على تحقق هذا العارض فان موجب أصل الغصب انما هو رد العين ولا يصار الى رد المثل أو القيمة الا بعد هلاك العين كما تقرر فيما مر فلم يكن رد المثل أو القيمة الا بعد هلاك العين حكم الغصب الا بعد حدوث ذلك العارض فكان التأخير آخرى منه وأما ثانيا فلان كون ما يزول به ملك المالك عارضا انما يقتضي استحقاقه للتأخير لا لفصله عما قبله بأن يورث في فصل على حدة فلم يتم قوله وحقه الفصل عما قبله وكان صاحب الغاية تداركه حيث قال لانه عارض فناسب أن يذكر بعد ذلك لكن لا يتم به تمام التقرير بانه المقصود ببيان وجهه ذكر ما يتعلق بذلك العارض من المسائل في فصل على حدة لا ببيان وجهه مجرد ذكره متأخرا عما قبله (قوله واذا تغيرت العين المغصوبة بفعل الغاصب حتى زال اسمها وعظم منافعتها زال ملك المغصوب منه عنها وملكها الغاصب وضمنها ولا يحل له الانتفاع بها حتى يؤدي بدلها) قال في العناية قوله بفعل الغاصب احتراز عما اذا تغير بغير فعله مثل أن صار الغصب زيبا بنفسه أو خلا أو الرطب غرافا أن المالك فيه بالخيار أن شاء أخذه وإن شاء تركه وضمنه وقوله حتى زال اسمها احتراز عما اذا غصب شاة فذبحها فانه لم يزل بالذبح المجرى ملك مال كها لانه لم يزل اسمها يقال شاة مذبوحة وشاة حية وقوله وعظم منافعتها يتناول الخطة اذا

فصل فيما يتغير بعمل

الغاصب (قوله والظاهر أنه تأكد لان قوله زوال اسمها يتناول الخطة) أقول فيه أن الشاة اذا أرتب بعد ذبحها وسلبها يزول عنها اسم الشاة لا المنافع كما ينبغي من الشارح فالأولى أن يقال قوله وعظم منافعتها احتراز عما اذا غصب شاة فذبحها أو أرتبها فأنامل قال المصنف (وقال الشافعي لا ينقطع حق المالك) أقول الاظهر لا يزول ملك المالك ليظهر كونه مقابلا لما روى عن أبي يوسف ثانيا فان فيه لا ينقطع حق المالك أيضا نعم ينبغي أن يكون المراد بحق المالك ملكه

وحقه أى حق الغاصب (فى الصنعة قائم من كل وجه) وما هو قائم من كل وجه مرجع على الهالك من وجهه على ما عرف فى الأصول من قولهم إذا تعارض ضربا بالترجيح كان الربحان فى الذات أحق منه فى الحال لأن الحال قائمة بالذات تابعة له فينقطع حق المالك بالشئ والطبخ لأن الصنعة قائمة بذاتها من كل وجه والعين هالكه من وجه (قوله ولا نجعله سببا للملك من حيث هو محذور) جواب عن قوله ولا معتبر بقوله لأنه محذور وتقريره أن لهذا الفعل جهتين جهة نفوت يد المالك عن المحل وهو محذور وجهة أحداث صنعة منقومة وهو سبب من حيث هذه الجهة لا الجهة الأولى وقوله (بخلاف الشاة) جواب عن قوله وصار كما إذا ذبح الشاة المفصولة وتقريره أن العلة حدوث الفعل من الغاصب على وجه يتبدل الاسم واسم الشاة بعد الذبح والسلخ باق كما تقدم أنه يقال شاة مذبوحة مسلوخة كما يقال شاة حية فان قيل الكلام فيها بعد التأريب ولا يقال شاة مأروبة بل يقال لحم مأروب فقد حصل الفعل وتبدل الاسم ولم ينقطع حق المالك أجيب بأنه كذلك لأنه لا ذبح لها فقد أبقي اسم الشاة فيها مع ترجيح (٣٧٧) جانب اللحية فيها الذم معظم المقصود منها اللحم ثم السلخ والتأريب

بعد ذلك لا يفوت ما هو المقصود بالذبح بل يحققه فلا يكون دليل تبديل العين بخلاف الطبخ بعده لأنه لم يبق ما هو المتعلق باللحم كما كان فلم يكن لصاحبها أن يأخذها (قوله وهذا الوجه) أى وجه الاستدلال ببقاء الاسم على عدم انقطاع حق المالك وبفوات الاسم على انقطاع حق المالك شامل لعامة فصول مسائل الغصب فانه إذا غصب دقيقا فخره أو غرلا فنسجه أو قطنا فغزله أو مسمما فعصره ينقطع حق المالك لتبدل الاسم وأما إذا غصب ثوبا فصبغه بعصر لم ينقطع وكان بالخيار على ما سيجي لان عين الثوب قائم لم يتبدل اسمه وقوله (لا يحل له) ظاهر

وحقه فى الصنعة قائم من كل وجه فيترجح على الأصل الذى هو قائم من وجهه ولا نجعله سببا للملك من حيث أنه محذور بل من حيث أنه أحداث الصنعة بخلاف الشاة لأن اسمها باق بعد الذبح والسلخ وهذا الوجه يشمل الفصول المذكورة ويتفرع عليه غير ما حافظه وقوله ولا يحل له الانتفاع بها حتى يؤدى بدلها استحقاق القياس أن يكون له ذلك وهو قول الحسن وزفر وهكذا عن أبى حنيفة رحمه الله رواه الفقيه أبو الليث ووجهه ثبوت الملك المطلق للتصرف ألا ترى أنه لو وهبه أو باعه جاز ضمان النقصان عند أبى يوسف هذا خلف اه (أقول) ليس هذا بشئ لأن معنى قوله للشافعى أن العين باق أنه فى إثبات مذهبه كذا وهذا هو المعنى أيضا على تقدير أن يكون وللشافعى عطف على قوله لأنه يؤدى الى الربا لأن له فى إثبات مذهب أبى يوسف كذا حتى يلزم أن يكون تعديلا لعدم جواز ضمان النقصان عند أبى يوسف كيف ولولزم ما توهمه من الخذور وههنا المزمع ذلك فى كل موضع الخلاف يقال فيه عند إقامة أدلة المذهب كذا وله كذا ولنا كذا لا شئ أن المذكور ثانيا أو ثالثا تلك الأدلة بالواو معطوف على الأول مع أن مدعى كل واحد منها يخالف الآخر من جملة ذلك قوله فيما نحن فيه ولنا أنه أحدث صنعة منقومة فانه معطوف قطعاً على قوله للشافعى أن العين باق مع أنه ليس بتعليل لما علة الشافعى بالآرب فالوجه فى صحة العطف فى أمثال ذلك كلها أن المعنى أن له فى إثبات مذهبه كذا ولنا فى إثبات مذهبنا كذا ولا محذور فيه أصلاً فاحفظ هذا فانه ينفعك فى مواضع شتى (قوله بخلاف الشاة) لأن اسمها باق بعد الذبح والسلخ (هذا جواب عن قول الشافعى وصار كما إذا ذبح الشاة المفصولة وسلخها وأرربها وتقريره أن العلة حدوث الفعل من الغاصب وعلى وجه يتبدل الاسم واسم الشاة بعد الذبح باق لأنه يقال شاة مذبوحة مسلوخة كما يقال شاة حية فان قيل الكلام فيها بعد التأريب ولا يقال شاة مأروبة بل يقال لحم مأروب فقد حصل الفعل وتبدل الاسم ولم ينقطع حق المالك أجيب بأنه كذلك لأنه لا ذبح لها فقد أبقي اسم الشاة فيها مع ترجيح جانب اللحية فيها الذم معظم المقصود منها اللحم ثم السلخ والتأريب بعد ذلك لا يفوت ما هو المقصود بالذبح بل يحققه فلا يكون دليل تبديل العين كذا فى العناية وغيرها (أقول)

(٤٨ - تكمله سابع) وقوله (ووجهه) أى وجه القياس (أن ثبوت الملك مطلق للتصرف) يعنى أن الملك قد ثبت

لغاصب وانقطع عنه المالك بالدلائل المذكورة والملك مطلق للتصرف من غير توقف على رضا غيره (ألا ترى أنه لو وهبه أو باعه جاز) قوله وحقه فى الصنعة قائم من كل وجه (أقول قال كل الدين أى حق الغاصب انتهى لكن الظاهر أن يقول والصنعة قائمة من كل وجه فتأمل ما وجه العدول (قوله كان الربحان فى الذات أحق منه فى الحال) أقول قوله فى الذات أى فى الوجود وقوله فى الحال أى البقاء والضمير فى قوله منه راجع الى الربحان قال المصنف (ولا نجعله سببا للملك) أقول أى لا نجعل الصفة بتأويل الفعل أو على اعتبار المقول الثانى (قوله وتقريره أن لهذا الفعل جهتين جهة نفوت يد المالك عن المحل) أقول لا يظهر أن يقال جهة كونه تصرفاً فى ملك غيره على سبيل العدول والا فتفوت يد المالك حصل بالنقل فيكون تحصيلاً للحاصل الآن يقال بتأكيده ذلك التفوت وكان على شرف السقوط (قوله باق كما تقدم) أقول فى أول الفصل وباب الربا أيضاً (قوله بل يقال لحم مأروب) أقول الظاهر مأروب أو مؤرب

وجه الاستحسان ما ذكره في الكتاب) وهو حديث رواه أبو حنيفة عن عاصم بن كليب الجرمي عن أبي بردة عن أبي موسى رضي الله عنهم أن النبي صلى الله عليه وسلم (٣٧٨) كان في ضيافة أنصاري فقدم إليه شاة مملوكة أي مشوية فأخذ منها لقمة

فجعل يلو كها ولا يسبغها فقال عليه الصلاة والسلام انها تخبرني أنها ذبحت بغير حق فقال الانصاري كانت شاة أخى ولو كانت أعز من هذا لم ينفس على بها وسأرضيه بما هو خير منها اذا رجع فقال عليه الصلاة والسلام أطعموها الانصاري قال محمد رحمه الله يعني المحبس فأمره بالتصدق مع كون المالك معلوماً بأن الغاصب قد ملكها لان مال الغير يحفظ عليه عينه اذا أمكن وثمنه بعد البيع اذا تعذر عليه حفظ عينه ولم أسر بالتصدق به اذ على أنه ملكها وعلى حرمه الانتفاع للغاصب قبل الارضاء (قوله ولان في اباحة الانتفاع دليل معقول) وهو ظاهر وقوله (ونفاذ بيعه) جواب عن قوله ولهذه الوجهة وتفسيره أن نفاذ ذلك لقيام المالك وذلك لا يستلزم الاباحة كما في الملك الفاسد وقوله (واذا أدى البذل) راجع الى قوله حتى يؤدي بدلها وكلامه واضح وقوله (أو ضمنه الحاكم) يعني اذا كان مال اليتيم وقوله (بخلاف ما تقدم) إشارة الى قوله كن غصب شاة

وجه الاستحسان قوله عليه الصلاة والسلام في الشاة المذبوحة المملوكة بغير رضا صاحبها أطعموها الانصاري أفاد الأمر بالتصدق بزوال ملك المالك وحرمه الانتفاع للغاصب قبل الارضاء ولان في اباحة الانتفاع فتح باب الغصب فيحرم قبل الارضاء جسم المائة الفساد ونفاذ بيعه وهبته مع الحرمة لقيام المالك كما في الملك الفاسد واذا أدى البذل يباح له لان حق المالك صار موفى بالبذل خلصت مبادلة بالنراضي وكذا اذا أرا لم يسقط حقه به وكذا اذا أدى بالقضاء أو ضمنه الحاكم أو ضمنه المالك لوجود الرضا منه لانه لا يقضي الا بطلبه وعلى هذا الخلاف اذا غصب حنطة فزرعها أو نواة فغرسها غير أنه عند أبي يوسف يباح الانتفاع فيها قبل أداء الضمان لوجود الاستئلال من كل وجه بخلاف ما تقدم لقيام العين فيه من وجه وفي الحنطة يزرعها لا يتصدق بالفضل عنده خلافاً لهما وأصله مائة درهم

الجواب المذكور لا يدفع السؤال الوارد على المصنف فيه ما ذكره جواباً عما استشهد به الشافعي من مسئلة تخرج الشاة المغصوبة وسلمها وتأريها فإنه علل المخالفة بينهما وبين ما نحن فيه ببقاء اسم الشاة فيها بعد الذبح والصلح فورد عليه قطعاً أن يقال الكلام في الشاة التي ذبحت ثم أربت ولا شك أن اسم الشاة لم يبق بعد التارب فلم تتحقق المخالفة بينهما وبين ما نحن فيه من حيث تبدل الاسم وعدم تبدله فلم يصلح ما ذكره المصنف جواباً عما استشهد به الشافعي نعم يمكن أن يجاب عما استشهد به الشافعي بما قرر في الجواب المذكور لكنه لا يدفع قصور ما أجاب به المصنف عنه ومدار السؤال المزبور على ذلك فلا يتم التريب (قوله وكذا اذا أدى بالقضاء أو ضمنه الحاكم أو ضمنه المالك لوجود الرضا منه لانه لا يقضي الا بطلبه) في المعنى المراد من قوله أو ضمنه الحاكم ومن قوله أو ضمنه المالك نوع اشتباه وعن هذا اختلفت عبارات الشراح في تفسيرهم ا فقال صاحب الكفاية في شرح قوله أو ضمنه الحاكم يحتمل أن يكون للمغصوب منه من كان القاضى ولياله أو أن يكون المراد منه قضى بالضمان بدليل قوله لانه لا يقضي الا بطلبه اه واختار تاج الشريعة الاحتمال الاول حيث قال في بيان قوله أو ضمنه الحاكم بان كان المغصوب مال اليتيم أو الغائب وكذا اختاره صاحب العناية حيث قال في تفسير ذلك يعني اذا كان مال اليتيم (أقول) يرد على الاحتمال الاول أن قول المصنف في التعليل لانه لا يقضي الا بطلبه غير مساعد لذلك لأن من كان القاضى ولياله لا يلزم منه الطلب في قضاء القاضى له بحقه بل قد لا يتصور منه الطلب كما اذا كان اليتيم صغيراً جذاً وكذا اذا كان الغائب بعيداً غير عالم بالقضية أصلاً ويرد على الاحتمال الثاني أن قول المصنف قبل هذا وكذا اذا أدى بالقضاء أي بذلك اذ حينئذ يلزم التكرار ويمكن أن يجاب عن الاول أن طلب القاضى في حكم طلب من كان القاضى ولياله لكونه نائباً عنه فكان القضاء هناك أيضاً بطلب المغصوب منه حكماً وعن الثاني بأنه يجوز أن يكون المراد بالقضاء على تقدير أن يكون معنى قوله ضمنه الحاكم قضى بالضمان بمجرد القضاء بالضمان بدون وقوع أداء البذل من الغاصب والمراد بقوله قبل ذلك وكذا اذا أدى بالقضاء أداء البذل بالقضاء فافترقا ولا تكرار ثم قال صاحب الكفاية ومعنى قوله أو ضمنه المالك أخذ الضمان أو تراضياً على مقدار من الضمان اه (أقول) يرد عليه أيضاً أن قول المصنف فيما قبله واذا أدى البذل يباح يعني عن هذا المعنى لان أداء الغاصب البذل يستلزم أخذ المغصوب منه الضمان فيلزم أن يكون قوله أو ضمنه المالك مستدركاً ويمكن أن يجاب عنه بأنه يجوز أن يكون المراد بتضمين المالك أخذ الضمان بغير رضا الغاصب وبغير القضاء مطلقاً أخذ الضمان والمراد بقوله فيما قبله واذا أدى البذل أداءه برضاه دون مطلق الأداء

وذبحها وشواها وأطبخها أو حنطة فطعمها أو حديداً فاختذ سيفاً وقوله (وأصله ما تقدم) إشارة الى ما ذكر قبله ولا هذا الفصل من تعليل مسئلة ومن غصب عبداً فاستغله فنقصته الغلة فعليه النقصان

قال (وان غصب فضة أو ذهباً) اذا غصب فضة أو ذهباً فضر به ماله درهم أو دنانير أو أنية لم يزل ملك مالكها عنده عند أبي حنيفة رحمه الله فياخذها ولا شيء للغاصب وقال لا يملكها الغاصب وعليه مثلها لانه أحدث صنعة معتبرة متقومة صراحداً انها حق المالك المالك الكامن وجهه ألا ترى أنه كسر وفات بعض المقاصد وكان قبل ذلك تبرأ وهو لا يصلح رأس المال في المضاربات والشركات وبعد ما ضرب به صلح لذلك وفي ذلك دليل على تغيرهما معنى واسما لانه قبل الضرب كان يسمى تبرأ وفضة وذهباً وبعد درهم ودنانير ومثل ذلك يقطع حق المالك كاتقدم ولا يخي حنيفة رحمه الله أن العين باقية من كل وجه ألا ترى أن الاسم باق والاحكام الاربعة المتعلقة بالذهب والفضة وهي الثمنية وكونه موزوناً ووجوب ان الربا ووجوب الزكاة كذلك وإذا كان كذلك لم ينقطع حق المالك (قوله (٣٧٩))

جواب عن قوله والتبر
لا يصلح الخ وتفسر بـ
الصلاحية أمرًا ندعى
مقتضى الطبيعة يحدث
بالصنعة لأنه هلك المين
بها من وجه وقوله (وكذا
الصنعة) جواب عن قوله

ومعناه أنها غير متقومة في
جميع الأحوال لأنها لا قيمة
لها عند المقابلة بحسبها
واعتاقوم عند المقابلة
بخلاف الجنس كن استهلاك
قلب فضة فعليه قيمته من
الذهب مصوغا عندنا وذلك
لأننا لو أوجبنا عليه مثل
قيمتها من جنسها أدى إلى
الربا ولو أوجبنا مثل وزنها
كان فيه إبطال حق المصنوب
منه عن الجودة والصنعة
فلمرعاة حق المالك والتعزز
من الرابقتنا بضمن قيمته من
الذهب مصوغا وإن وجد
صاحبه مكسور افترض
بلم يكن له فضل ما بين
المكسور والصحيح لأنه عاد

قال (وان غصب فضة أو ذهباً فضر بهادراهم أو دنائير أو آنية لم يزل ملكها عندها عند أبي حنيفة
فياخذها ولا شيء للغاصب وقال عليه الغاصب وعليه مثلها) لانه أحدث صنعة معتبرة صير
حق المالك مالكا من وجه الأثرى أنه كسره وفات بعض المقاصد والتبديل يصلح رأس المال في
المضاربات والشركات والمضروب يصلح لذلك وله أن العين باقية من كل وجه الأثرى أن الاسم باق
ومعناه الاصلى الثمنية وكونه موزونا وأبقى حتى يجري فيه الربا باعتباره وصلاحيته لرأس المال
من احكام الصنعة دون العين وكذا الصنعة فيها غير منقومة مطلقا لانه لا قيمة لها عند المقابلة بمجنسها
قال (ومن غصب ساجدة فبني عليها زال ملك مالكةا عنها ولزم الغاصب قيمتها) وقال الشافعى للمالك
أخذها والوجه من الخائن قدمناه

والإلزام استدراكه قوله وكذا إذا أدى بالقضاء وأداءه برضاء انما يستلزم أخذ الضمان برضاء دون أخذه
بغير برضاء فلا استدراكه بقي الكلام في قول صاحب الكفاية أو تراضي على مقدار من الضمان فانه
يقضي الاستدراك إذا التراضي قد كان معتبرا في قول المصنف وإذا أدى البسذل يباح كبديل عليه
تعديله هناك بقوله لان حق المالك صار موفى بالبسذل فصلت بمبادلة بالتراضي ويمكن أن يجاب عنه
أيضا بأن المراد ههنا التراضي على مقدار من الضمان أي على بعض منه والمراد فيما تقدم التراضي
على أداء كل الضمان فحصل التغاير من هذه الحيثية واندفع الاستدراك لكن لا يخفى على ذي فطنة
سلمية أن جعل قول المصنف أو ضمنه المالك على التراضي على مقدار من الضمان مما لا يساعده اللفظ
جدا ولا يفهم منه ذلك المعنى من حيث العربية أصلا وقال تاج الشريعة في تفسير قوله أو ضمنه
المالك أي طلب المالك من الغاصب الضمان يحمل الانتفاع قبل أداء الضمان اه واقتفى أثره المشرح
العيني (أقول) فيه أيضا بعد من حيث اللفظ والمعنى كما لا يخفى فتأمل (قوله ومن غصب ساجدة
فبني عليها زال ملك مالكها عنها ولزم الغاصب قيمتها) ذكر في الذخيرة أن ذلك فيما إذا كانت قيمة البناء
أكثر من قيمة الساجدة وأما إذا كانت قيمة الساجدة أكثر من البناء فلم يزل ملك مالكها اه قال
صاحب العناية بعد تفصيل ما في الذخيرة وسيظهر لك وجه ذلك ان تأملت في قوله وجه آخر لنافيه
اه (أقول) لا يذهب على من له ذوق صحيح أنه لا يظهر وجهه ذلك بالتأمل في قوله وجه آخر لنافيه لان
حاصله أن ضرر الغاصب فيما ذهب اليه الشافعي ضرر من غير خلف وضرر المالك فيما ذهبنا اليه ضرر
مجبور بالقيمة ولا ريب أن الضرر المجبور دون الضرر المحض فلا يرتكب الضرر إلا على عندا مكان

اليه عين ماله فبقت الصنعة منفردة عن الاصل ولا قيمة لها في الاموال الربوية واذا كان كذلك كانت الصنعة متفومة من وجه دون وجه فلا يصلح لابطال حق ثابت من كل وجه (ومن غصب ساحة) بالجيم وهي الخشبة العظيمة لان الساحة الجاه مستأق بعد هذا (فبني عليها زال ملك ما لكانها عن اولهم الغاصب قيمتها) وذكر في الذخيرة ان ذلك فيما اذا كانت قيمة البناء اكثر من قيمة الساحة واما اذا كانت قيمة الساحة اكثر من قيمة البناء فلم يزل ملك ما لكانها عن اولهم الغاصب قيمة ذلك ان تأملت في قوله وجه آخر انما فيه (وقال الشافعي رحمه الله لئلا يأخذها الوجه من الجانبين قدمناه) يعني في اول هذا الفصل بقوله واذا تغيرت العين المغصوبة بفعل الغاصب الخ

في قوله وجه آخر لنا فيه) أقول يعني في الجواب الذي ذكر فيه عن السؤال

(وجه آخر لنا فيه) أي في تعليل (٣٨٠) هذه المسئلة (أن فيما ذهب إليه) الشافعي (أضرار بالغاصب بنقض بنائه

وجه آخر لنا فيه أن فيما ذهب إليه أضرار بالغاصب بنقض بنائه الحاصل من غير خلف
فما ذهبنا إليه مجبور بالقيمة فصار كما إذا خا ط بالخيط المصوب بطن جاريته أو عبده أو أدخل اللوح
المصوب في سفينة ثم قال الكرخي والفقهاء أبو جعفر إنما لا ينقض إذا بنى في حوالى الساحة أما إذا بنى
على نفس الساحة ينقض لأنه متعدي فيه

العمل بالضرر الأدنى ولا يخفى على ذي فطرة سليمة أنه لا فرق في هذا المعنى بين أن يكون قيمة البناء
أكثر من قيمة الساحة وبين العكس إذا شك أن الضرر المحض أشد وأنقل من الضرر المجهور وعلى
كل حال فلا بد أن يعمل الثاني لدفع الأول على كل حال إلا باختيار أهون الشرين كما هو القاعدة
المقررة وإنما كان يظهر وجه ذلك لو كان كلا الضررين مجبورين بالقيمة فأنما هو أقل قيمة حينئذ
يكون أخف وأيسر تمحلا وليس فليس * ثم أقول لعل وجه ذلك يظهر بالتأمل في قوله والوجه من
الجنبين قد مناه فان ما قدمه من جانبنا هو قوله ولنا أنه أحدث صنعة متقومة صير حق المالك
هالك ولا شك أن قيمة البناء إذا كانت أكثر من قيمة الساحة كان البناء غاليا على الساحة فيصح إذا ذلك
أن يقال إن الغاصب أحدث صنعة متقومة صير أحدا منها حق المالك هالك من وجهه لظهور صحة
تصيير الغالب المغلوب هالك من وجهه وأما إذا كانت قيمة الساحة أكثر من قيمة البناء فأنما تكون
الساحة غالبة على البناء فليس كذلك أن يقال أنه أحدث صنعة متقومة صير حق المالك هالك
من وجهه إذ تصيير المغلوب الغالب هالك كما غير ظاهر تأمل تفهم (قوله وجه آخر لنا فيه) أن فيما
ذهب إليه أضرار بالغاصب بنقض بنائه الحاصل من غير خلف وضرر المالك فيما ذهبنا إليه مجبور
بالقيمة) بيانه أن فيما قاله الشافعي رضي الله تعالى عنه أضرار بالغاصب لأن فيه إبطال حقه وفيما قلنا
أضرار بالمالك ولكن ضرر المالك مجبور بالعوض وهو القيمة فكان فوات حقه كلافوات وضرر
الغاصب ليس مجبور بشئ فيفوت حقه لا إلى خلف فكان قطع حق المالك أولى من قطع حق الغاصب
كذا في غاية البيان (أقول) لقائل أن يقول يشكل هذا الوجه من التعليل بما إذا غصب ساحة
بالجاء المهمة فبنى عليها فانه لا يزول ملك المالك عنها كما سيأتي في الكتاب مع جريان الوجه المذكور بعينه
هناك أيضا كما لا يخفى نعم يوجد هناك وجه آخر فارق بينهما لكن الكلام في انتقاض هذا الوجه المذكور
في مسئلتنا هذه بتلك المسئلة لا تبه فتأمل (قوله كما إذا خا ط بالخيط المصوب بطن جاريته أو عبده
أو أدخل اللوح المصوب في سفينة) قال في العناية فان قيل عدم جواز نزع الخيط واللوح عنده من
حيث أن فيه تلف الناس لأن المالك ملك ذلك بما صنع فلا يصلح للاستشهاد باختلاف المناط قلنا
ثبت في كل واحدة منهما حق المالك وغيره وجعل حق غيره أولى لأن بإبطاله زيادة ضرر بالنسبة إلى ضرر
المالك فكانت امتساويتين اه ورد عليه بعض الفضلاء بأن قال كيف يقاس ذلك ولو كان البناء
والساحة كلاهما لشخص واحد يباح له نقض بنائه وإخراج الساحة من تحته بخلاف اللوح والسفينة
والخيط والحارية فانها لو كانت ملكا واحدا لباح له نزع الخيط واللوح فليتأمل اه (أقول) ليس
ذلك بشئ إذا لوجب في صحة القياس اشتراك المقيس والمقيس عليه في جميع الأحوال بل يكفي
اشتراكهما في العلة التي هي مناط الحكم وهما كذلك فإن العلة في المقيس عليه لحوق زيادة ضرر بغير
المالك على تقدير إبطال حقه وهو متحقق في المقدس أيضا بل لا ريب على أنه لو كان البناء والساحة كلاهما
لشخص واحد صار عزله عما نحن فيه إذ لا يتحقق الغصب هناك ولا يكون صاحب البناء متصرفا في
ملك الغير حينئذ فلا يكون داخل فيما وقع مقيسا ههنا ولا يتحقق فيه العلة المعتمدة في المقيس عليه وهي

الحاصل من غير خلف
وضرر المالك فيما ذهبنا
إليه مجبور بالقيمة فصار
كما إذا خا ط بالخيط المصوب
بطن جاريته أو أدخل
اللوح المصوب في سفينة
والسفينة مع من عليها في
لحمة البحر ليس للمالك أن
ينزع لوحه منها وإنما قلنا
بذلك لأنها إذا كانت واقفة
كان له أن ينزع عنده
فلا يصلح للاستشهاد فان
قبل عدم جواز نزع الخيط
واللوح عنده من حيث أن
فيه تلف الناس لأن المالك
ملك ذلك بما صنع فلا يصلح
للاستشهاد باختلاف
المناط قلنا ثبت في كل
واحدة منهما حق المالك
وغيره وجعل حق غيره
أولى لأن بإبطاله زيادة ضرر
بالنسبة إلى ضرر المالك
فكانت امتساويتين (ثم قال
الكرخي والفقهاء أبو جعفر
رحمهما الله إنما لا ينقض
إذا بنى في حوالى الساحة
لأنه غير متعدي البناء وأما
إذا بنى على الساحة ينقض
لأنه متعدي فيه)

(قوله قلنا ثبت في كل واحدة
منهما حق المالك وغيره)
أقول أمي من العلتين أعني
التلف وتملك الغصب (قوله
وجعل حق غيره أولى الخ)
أقول كيف يقاس ذلك ولو
كان البناء والساحة كلاهما

لشخص واحد يباح له نقض بنائه وإخراج الساحة من تحته بخلاف اللوح والسفينة والخيط والحارية فانها
لو كانت ملكا واحدا لباح له نزع الخيط واللوح فليتأمل

قال المصنف رحمه الله (وجواب الكتاب) يعني قوله فبني عليها (يرد ذلك وهو الاصح) قيل لانه تغير عما كان عليه لان الساحة قبل البناء عليها اتصل بالاحراق تحت القصور والابواب الدور وغير ذلك وبعده لا تصلح لشي من ذلك الا بالنقض والتغيير يوجب انقطاع حق المالك قال (ومن ذبح شاة غيره) ومن ذبح شاة غيره بغير امره فالكها بالخيار ان شاء ضمنه قيمتها وسلمها اليه وان شاء ضمنه نقصانها وكذلك الجزر وهو ما أعد للذبح من الجزر وهو القطع وانما خصه لدفع ما عسى أن يتوهم (٣٨١) أن غاصبه يجب أن يستحق أجر

المثل لجزارته على المالك لانه حقق مقصوده فيه فكان ذلك زيادة فيه لان نقصانها حيث أعد للجزر غير مطلوب منه الدر والنسل وذلك لان نفس ازالة الحياة عن الحيوان نقصان فكان للمالك الخيار لاحتمال أن يكون له فيه مقصود سواهما من زيادة الاسمان والتأخير الى وقت آخر لمصلحة له في ذلك وكذلك اذا قطع يدهما أي وبالشاة والجزر وهذا هو ظاهر الرواية بخلاف ما روي الحسن عن أي حنيفة رضي الله عنهم أن لا يضمنه شيأ يعني في ذبح الشاة لان الذبح والصلح في الشاة زيادة على ما مر ووجه الظاهر ما ذكره أنه اتلاف من وجه باعتبار فوت بعض الأغراض من الحمل والدر والنسل وبقاء بعضها وهو اللحم فصار كالحرق الفاحش في الثوب

وجواب الكتاب يرد ذلك وهو الاصح قال (ومن ذبح شاة غيره فالكها بالخيار ان شاء ضمنه قيمتها وسلمها اليه وان شاء ضمنه نقصانها وكذا اذا قطع يدهما) هذا هو ظاهر الرواية ووجهه أنه اتلاف من وجه باعتبار فوت بعض الأغراض من الحمل والدر والنسل وبقاء بعضها وهو اللحم فصار كالحرق الفاحش في الثوب

لحق زيادة ضرر بغير المالك على تقدير ابطال حقه فلم يكن له تعلق بما نحن فيه ولا بالقياس المذكور فيه أصلا (قوله وجواب الكتاب يرد ذلك) قال صاحب غايه البيان ولنا في قوله وجواب الكتاب يرد ذلك أي جواب مختصر القدوري يرد ما قاله الكرخي تظن لان القدوري يروي عن أبي عبد الله الجرجاني عن أبي بكر الرازي عن أبي الحسن الكرخي فكيف يرد بمجرد جواب القدوري قول الكرخي وسند روايته اليه نعم يجوز رجحان قول المتأخر على المتقدم بأقامة الدليل أما مجرد الرواية فلا اه كلامه (أقول) نظره ساقط لانه أن أراد أن استناد رواية القدوري في جميع مسائل مختصرة أو في المسئلة التي نحن بصدد هالي الكرخي فهو ممنوع كيف وقد صرح هذا الشارح نفسه بأن القدوري قال في شرحه لمختصر الكرخي وكان أبو الحسن الكرخي يقول المسئلة موضوعة على أنه بني على حوالى الساحة لانه غير متعد في البناء على ملكه فلا ينعض وأما إذا بني على نفس الساحة ينعض بناءؤه لانه تعدى فيه وكان الهنداوي يختار هذا القول وقد ذكر في كتاب الصرف فمن غصب درهما فجعله عروة مرادة سقط حق ماله والفضة لا يسقط حق مالها فيها بالصاغة وانما اسقطه بكونه تابعة للزادة وهذا لا يكون الا بعمل يوقعه فيها على وجه التعدى فدل على أن المسئلة على اطلاقها وأنه لاحق للمالك في الساحة في الوجهين وقال الى هنا لفظ القدوري ولا يذهب عليه أن مانقله عن القدوري صريح في أن القدوري لا يقبل رواية الكرخي في هذه المسئلة على التقيد بأن بني على حوالى الساحة ويستدل على اطلاقها بمسئلة كتاب الصرف كما ترى فتعين أن رواية القدوري هذه المسئلة بأنه قال فبني عليها لا يستند الى الكرخي بل هو في هذه الرواية مخالف له ومتمسك بمسئلة كتاب الصرف وان أراد أن استناد رواية القدوري في أكثر المسائل الى الكرخي بالطريق المزبور فهو مسلم لكن لا يجدي ذلك هنا شيأ فان الكلام في مسئلة الساحة وهو في روايته يخالف الكرخي كما عرفت (قوله ومن ذبح شاة غيره فالكها بالخيار ان شاء ضمنه قيمتها وسلمها اليه وان شاء ضمنه نقصانها وكذا الجزر) وهو ما أعد للذبح من الأبل من الجزر وهو القطع يقع على الذكرو الانثى وهي تؤثث كذا قالوا وانما ذكر الجزر بعد ما ذكر الحكم في الشاة من الخيار بين تضمين القيمة وتضمين النقصان لدفع شبهة ترد على اختيار تضمين النقصان بأن يقال النقصان بالذبح في الشاة انما كان بسبب تفويت صلاحية الدر والنسل والجزر هي التي أعدت للذبح فلم يكن الدر والنسل مطلوبين ههنا فينبغي أن لا يضمن الغاصب النقصان بل استحق أجر المثل من جزارته على المالك لانه حقق مقصوده فيها فكان زيادة لانقصانها كما إذا غصب ثوبا فصبغه أخرج حيث ضمن المالك للغاصب ما زاد الصبغ اذا اختار أخذه الثوب ليكون صبغ الحريرة

قوله قيل لانه تغير الخ) أقول قيل يرد عليه أن هذه الصلاحية باقية في الساحة بمجالها غاية أن البناء عليه مانع عن ذلك كالبناء على الساحة فانها اتصل للزراعة بمجالها والبناء مانع كأنص عليه فليتامل (قوله وانما خصه لدفع ما عسى أن يتوهم أن غاصبه الخ) أقول لا مجال لهذا التوهم أصلا لان فله لو لم يكن غصبا فهو تبرع لا يستحق به الأجر فالاولى طى قضية استحقاق أجر المثل من البين ويقول بده ان ذابحه يجب أن لا يكون غاصبا

ولو كانت الدابة غير مأكول اللحم فقطع الغاصب طرفها للمالك أن يضمه جميع قيمتها لوجود الاستهلاك من كل وجه قبل ليس لتقصيده
 بغير مأكول اللحم فائدة فإن حكم ما كوله أيضا كذلك لأنه عطف قوله وكذا إذا قطع يدهما على قوله إن شاء ضمنه قيمتها وسلمها إليه وإن شاء
 ضمنه نقصها فادل على أنهم ما في الحكم سواء ومن الشارحين من قال هذا انما هو على اختيار صاحب الهداية والظاهر وجوب تضمين
 القيمة بلا خيار فيهما يعني في ما كول اللحم وغير مأكول اللحم فائدة ذكره رد ذلك الظاهر وفيه نظر من وجهين أحدهما
 أنه لو كان كذلك لكتفى أن يقول (٣٨٢) وكذلك إذا كانت غير مأكول اللحم والثاني أن التعليل يدل على مغايرة الحكم

ولو كانت الدابة غير مأكول اللحم فقطع الغاصب طرفها للمالك أن يضمه جميع قيمتها لوجود الاستهلاك
 من كل وجه بخلاف قطع طرف العبد المملوك حيث يأخذه مع أرض المقطوع لأن الآدمي يبقى منتفعا به
 بعد قطع الطرف قال (ومن خرق ثوب غيره خرقا يسيرا ضمن نقصانه والثوب للمالك) لأن العين
 قائم من كل وجه وانما دخله عيب فيضمنه (وان خرق خرقا كبيرا يبطل عامة منافعه فللمالك أن
 يضمه جميع قيمته) لأنه استهلاك من هذا الوجه فكانه أن حرقه قال رضي الله عنه معناه يترك
 الثوب عليه وإن شاء أخذ الثوب وضمنه النقصان لأنه تعيب من وجه من حيث أن العين باقية
 وكذا بعض المنافع قائم ثم إشارة الكتاب إلى أن الفاحش ما يبطل به عامة المنافع

زيادة فدفع تلك الشبهة بقوله وكذا الجزور وذلك لأن نفس إزالة الحياة عن الحيوان نقصان فكان
 للمالك الخيار لأنه يمتنع له أن يكون للمالك مقصود فيها سوى الدرو التسل من الامتنان وتبقيته إلى
 زمان ليحصل مقاصده منها كذا في النهاية ومراج الدابة وأما صاحب العناية خلاصة هذا
 المعنى بعبارة أخرى حيث قال وانما خصه لدفع ما عسى أن يتوهم أن غاصبه يجب أن يستحق أجر المثل
 لجزأته على المالك لأنه حقق مقصوده فيه فكان ذلك زيادة فيه لا نقصا فاحتج أعدل الجزر غيره مملوك
 منه الدرو التسل وذلك لأن نفس إزالة الحياة عن الحيوان نقصان فكان للمالك الخيار لاحتمال أن يكون
 له فيه مقصود سواهما من زيادة الاسمان والتأخير إلى وقت آخر لمصلحة له في ذلك اه كلامه ورد
 عليه بعض الفضلاء قوله وانما خصه لدفع ما عسى أن يتوهم أن غاصبه يجب أن يستحق أجر المثل
 حيث قال لا محال لهذا التوهم أصلا لأن فعله لو لم يكن غصبا فهو تبرع لا يستحق به الأجر وقال فالأولى
 على قضية استحقاق أجر المثل من البين ويقول بطلان ما ذهب إليه يجب أن لا يكون غاصبا اه (أقول) إن قوله
 لا محال لهذا التوهم أصلا تحكم وقوله لأن فعله لو لم يكن غصبا فهو تبرع لا يستحق به الأجر غير مسلم فإنه
 إذا لم يكن متبرعا لما زاده الصبغ فيما إذا أخذ ثوب غيره فصبغه أجر بل ضمنه للمالك إذا اختار أخذ
 الثوب كإسبأ في فلم لا يجوز أن لا يكون متبرعا لما زاده الصبغ فيما إذا ججزر غيره بل استحق أجر المثل
 بناء على أنه حقق مقصود المالك وهذا القدر من القياس ان لم يكن مناطا للاحتجاج فلا أقل من أن يكون
 منشا للتوهم فلا بد من دفع ذلك التوهم فأشار المصنف إلى دفعه بقوله وكذا الجزور وهذا هو مراد
 الشراح ههنا ولا غبار عليه (قوله ولو كانت الدابة غير مأكول اللحم فقطع الغاصب طرفها للمالك
 أن يضمه جميع قيمتها لوجود الاستهلاك من كل وجه) قال صاحب العناية قبل ليس لتقصيده
 بغير مأكول اللحم فائدة فإن حكم ما كوله أيضا كذلك لأنه عطف قوله وكذا إذا قطع يدهما على
 قوله إن شاء ضمنه قيمتها وسلمها إليه وإن شاء ضمنه نقصانها فدل على أنهم ما في الحكم سواء ومن
 الشارحين من قال هذا انما هو على اختيار صاحب الهداية والظاهر وجوب تضمين القيمة بلا خيار

بين قطع طرف ما كول
 اللحم وغير مأكول حيث
 قال في الأول أنه لا خلاف
 من وجه وفي الثاني لوجود
 الاستهلاك من كل وجه
 والظاهر من كلامه نفي
 اختيار المالك بين تضمين
 قيمتها وبين أمساك الجثة
 وتضمين نقصانها ويكون
 ذلك اختيارا منه وإن كان
 نقل الكتب على خلافه
 فإنه ذكر في الذخيرة والغنى
 فقال وفي المنتقى هشام عن
 محمد رحمه الله رجل قطع
 يد حمار أو رجله وكان لما
 بقي قيمة فله أن يمسك ويأخذ
 النقصان (قوله بخلاف
 قطع طرف العبد المملوك)
 متعلق بقوله للمالك أن
 يضمه جميع القيمة وحاصل
 الفرق بين الآدمي وغيره
 أن الآدمي يقطع طرف
 منه لا يصير مستهلكا من
 كل وجه بخلاف الدابة فإنها
 بعد ذلك لا ينتفع بها بما
 هو المقصود بهما من الحمل
 والر كوب وغير ذلك قال
 (ومن خرق ثوب غيره)
 اختلف الناس في الحد

الفصل بين الخرق اليسير والفاحش فقال بعضهم ما أوجب نقصان ربع القيمة فهو فاحش
 وما أوجب دونه فهو يسير وقال بعضهم ما أوجب نقصان نصف القيمة فهو فاحش وما أوجب دونه فهو يسير وأشار في القدوري إلى
 أن الفاحش ما يبطل به عامة المنافع قبل معناه أن لا يبقى للباقي منفعة الثياب بأن لا يصلح لتوبتها
 (قوله قبل ليس لتقصيده بغير مأكول اللحم فائدة) أقول القائل هو صاحب النهاية (قوله ومن الشارحين من قال هذا الخ) أقول إن
 كان المراد ببعض الشارحين العلامة الاتقاني فلا يرد على كلامه ما ذكره من وجهي النظر وإن شئت فراجع

قال المصنف رحمه الله (والصحيح أن الفاحش ما يفوت به بعض العين) قيل يعني من حيث الظاهر والغالب إذا الظاهر أن الثوب إذا قطع يفوت شيء من أجزائه (وجنس المنفعة) يعني أن لا يبقى جميع منافعه بل يفوت بعضه ويبقى بعضه (واليسير ما لا يفوت به شيء من المنفعة وانما يدخل فيه النقصان) يعني من حيث المالية بسبب فوات الجودة وانما كان ذلك صحيحا دون غيره (لأن محمد رحمه الله جاهل في الأصل قطع الثوب نقصا فاحشا) فقال وإذا غصب ثوبا فقطعه قيصا ولم يخطئه فله أن يأخذ ثوبه وضمنه ما نقصه القطع وان شاء ترك الثوب عليه وضمنه قيمة الثوب ولا شل أن الفاتت به بعض المنافع لانه بعدما قطع قيصا يصلح للقميص وان كان لا يصلح للقباء وأمثاله والساقط من القيمة أقل من الربع ومع هذا اعتبره محمد رحمه الله فاحشا وإذا عرف هذا فمن خرق ثوب غيره خرقا يسيرا ضمن نقصانه والثوب لمالكه لان العين قائم من كل وجه وانما دخله عيب فيضمنه وان خرقه خرقا كبيرا فلا مال أن يضمنه جميع قيمته (٣٨٣)

ويترك الثوب عليه لانه استهلاك من هذا الوجه فانه قبل القطع كان صالحا لا يتخاذا القباء والقسمين وبعد لم يبق ذلك فكان مستهلكا من وجه فان شاء أخذ الثوب وضمنه نقصان لانه تعيب من وجه من حيث أن العين باق وكذا بعض المنافع قائم فيميل الى جهة الاستهلاك وضمنه جميع القيمة أو الى جانب البقاء وأخذ العين وضمنه نقصان القطع ووضع المسئلة بالفظ الثوب اشارة الى أن الحكم عام في الذي يلبس كالقميص وغيره وفيما لم يلبس كالكرباس قال (ومن غصب أرضا) كلامه واضح لا يحتاج الى شرح لكن كان القاضي الامام أبو علي النسفي يحكي عن الكرخي رحمه الله أنه ذكر في بعض كتبه تفصيلا فقال ان كانت قيمة الساحة

والصحيح أن الفاحش ما يفوت به بعض العين وجنس المنفعة ويبقى بعض العين وبعض المنفعة واليسير ما لا يفوت به شيء من المنفعة وانما يدخل فيه النقصان لان محمد جاهل في الأصل قطع الثوب نقصا فاحشا والفاتت به بعض المنافع قال (ومن غصب أرضا فغرس فيها أو بنى قسلا أو أقيم البناء والغرس وردها)

فيها ما يعني في ما كول اللحم وغيره ما كوله إذا قطع طرفه فكان فائدة ذكره رد ذلك الظاهر وفيه نظر من وجهين أحدهما أنه لو كان كذلك لكفى أن يقول وكذلك إذا كانت غير ما كول اللحم والثاني أن التعليل يدل على مغايرة الحكم بين قطع طرف ما كول اللحم وغيره ما كوله حيث قال في الأول أنه اتلاف من وجه وفي الثاني لوجود الاستهلاك من كل وجه الى هنا لفظ العناية اه (أقول) القائل بعدم فائدة التقييم بدعي ما كول اللحم انما هو صاحب النهاية وصاحب معراج الدراية وأما المراد بمن قال في قوله ومن الشارحين من قال فالظاهر أنه هو صاحب غاية البيان اذ لم يقل أحد من الشارحين بما يشبهه القول المذكور سوى صاحب العناية إلا أن ما نقله صاحب العناية ليس عين عبارة صاحب العناية أيضا فان عين عبارة هكذا هذا الفرق بين ما كول اللحم وغيره ما كول اللحم في قطع الطرف على ما ذهب اليه صاحب الهداية والظاهر وجوب تضمين جميع القيمة فيها بلا خيار وقدم من قبل هذا اه ولا يخفى على ذي مسكة أنه لا يرده على هاتيك العبارة شي من وجهي نظر صاحب العناية لان مدار ورودهم على جعل مراد المصنف على تسوية ما كول اللحم وغيره ما كوله في الحكم وعبارة صاحب العناية تنادي على جعل مراده على الفرق بينهما حيث قال هذا الفرق بين ما كول اللحم وغير ما كول اللحم في قطع الطرف على ما ذهب اليه صاحب الهداية تبصر ثم قال صاحب العناية والظاهر من كلام المصنف في خيار المالك بين تضمين قيمتها وبين امسالك الجثة وتضمين نقصانها أو يكون ذلك اختيارا منه وان كان نقل الكتب على خلافه فانه ذكر في الذخيرة والمعنى فقال وفي المنتقى هشام عن محمد رجل قطع يد جارا ورده له وكان لما بقي قيمة فله أن يسلكه يأخذ النقصان اه كلامه (أقول) لما منع أن يمنع مخالفة ما اختاره المصنف لنقل الكتب المذكور لان ما رواه هشام عن محمد رحمه الله من جواز اختيار الامسالك وأخذ النقصان فيما إذا قطع طرفا من غير ما كول اللحم مقيد بأن كان لما بقي قيمة كما ترى ويجوز أن يكون ما اختاره المصنف وجوب تضمين جميع القيمة فيما إذا لم يكن لما بعد قطع

أقل من قيمة البناء فلم يله أن يأخذها وان كانت قيمة الساحة أكثر فله أن يأخذها قالوا هذا قريب من مسائل حفظت عن محمد رحمه الله حيث قال في أوثة سقطت من يد انسان فابتلعها دجاجة انسان ينظر الى قيمة الدجاجة والأوثة فان كانت قيمة الدجاجة أقل بخير صاحب الأوثة ان شاء أخذ الدجاجة وضمن قيمتها المالكها وان شاء ترك الأوثة وضمن صاحب الدجاجة قيمة الأوثة وكذا اذا دخل قرن الشاة في قدر الباقلائي وتعذر اخراجه ينظر أيهما كان أكثر قيمة فيؤمر صاحبه بدفع قيمة الآخر الى صاحبه ويتملك مال صاحبه ويخبر بعد ذلك في تلف أيهما شاء وله أمثال غير ما ذكرنا

(قوله فيؤمر صاحبه بدفع قيمة الآخر الى صاحبه) أقول أي يؤمر صاحب الآخر بقيمة الأمر بخيرى والضمير في قوله الى صاحبه راجع الى الآخر

لقوله عليه الصلاة والسلام ليس لعرق ظالم حق ولأن ملك صاحب الأرض باق فان الأرض لم تنصر
مستهلكة والغصب لا يتحقق فيها ولا بد للملك من سبب فيؤمر الشاغل بتفريقها كما إذا شغل طرف
غيره بطعامه (فإن كانت الأرض تنقص بقطع ذلك فالملك أن يضمن له قيمة البناء والغرس
مفـلوعا ويكونان له) لأن فيه تضررهما ودفع الضرر عنهما وقوله قيمته مقلوعا معناه قيمة بناء أو شجر
يؤمر بقلعه لأن حقه فيه إذا قراره فيه فتقوم الأرض بدون الشجر والبناء وتقوم وبها شجر أو بناء
لصاحب الأرض أن يأمره بقلعه فيضمن فضل ما بينهما قال (ومن غصب ثوبا فصبغه أحمر أو سويقا فقلته
بسمي فصاحب بالخيار إن شاء ضمنه قيمة ثوب أبيض ومثل السويق وسلمه للغاصب وإن شاء أخذهما
وغرم ما زاد الصبغ والسمي فيهما) وقال الشافعي في الثوب لصاحبه أن يسكه أو يأمر الغاصب بقطع
الصبغ بالقدر الممكن اعتبارا بفصل الساحة بقي فيها لأن التمييز يمكن بخلاف السمي في السويق لأن
التمييز متعذر

الطرف قيمة بدلالة قوله لوجود الاستهلاك من كل وجه على ذلك لأنه لا يوجد الاستهلاك من كل وجه
فيما إذا كان لما بقي بعد قطع الطرف قيمة بل يبقى فيه منفعة القيمة فيصيرها للكان وجه دون وجه
وكان صاحب الكفاية تنبه لذلك حيث قال في شرح قول المصنف ولو كانت العناية غير ما كقول الأعم
فقطع الغاصب طرفها لئلا أن يضمنه جميع قيمته أي الواجب هنا جميع القيمة إذا لم يكن للعناية منفعة
بعد قطع طرفها لوجود الاستهلاك من كل وجه أما إذا كان لما بقي قيمة فله أن يسكه أو يأخذ النقصان
ونقل ما في المتن من رواية هشام عن محمد بن عيسى (قوله لقول النبي صلى الله عليه وسلم ليس لعرق ظالم
حق) صححه في المغرب بتقوين عرق حيث قال أي الذي عرق ظالم وهو الذي يغرس في الأرض غرسا على
وجه الاعتصاب ليستوجبها وصف العرق بالنظم الذي هو صفة صاحبها مجازا وقد روي بالاضافة ليس
لعرق غاصب ثبوت بل يؤمر بقلعه كذا في العناية وغيرها (أقول) فيما ذكر في المغرب شيء وهو أنه
قد روي المضاف أو لا حيث قال أي الذي عرق ظالم وجعل وصف العرق بالنظم تجوزا ثانيا وبينهما تنافر
لأنه إذا قدر المضاف يصير ظالم صفة له للعرق كما قالوا في قول النبي صلى الله عليه وسلم من ملك ذارحم
محرم منه عتق عليه أن قوله محرم صفة ذابح الجوار فيتم معنى الكلام على حقيقة فلا يكون للصيرالي
التجوز وجه وعن هذا ذكر الخشيري في الفائق ما ذكره المطرزي في المغرب خلا القول بوصف العرق
بالنظم على سبيل التجوز اللهم إلا أن يكون مراد صاحب المغرب بقوله أي الذي عرق ظالم مجرد تصوير المعنى
لأن هناك مضافا محذوفاه مقدر أو قال بعض الفضلاء ولا مجال ليكون ظالم نعتا الذي لأنه معرفة اه
(أقول) هذا الكلام من مثل ذلك أمر عجيب فإن الذي معني صاحب لا يكون الامضا فلو يكون نكرة
ان أضيف إلى نكرة ومعرفة ان أضيف إلى معرفة وعن هذا قال الجوهري في صحاحه وأما والذي معني
صاحب فلا يكون الامضا فإن وصف به نكرة أضيفته إلى نكرة وان وصفت به معرفة أضيفته
إلى الالف واللام ولا يجوز أن تضيفه إلى مضمير ولا إلى زيد وما أشبهه اه ولا ريب أن المضاف إليه الذي
فيما نحن فيه وهو عرق نكرة فيكون المضاف أيضا نكرة فلا معنى لقوله ولا مجال ليكون ظالم نعتا
لذي لأنه معرفة وكان وهمه ذهب إلى الذي التي هي مؤنث ذات من أسماء الإشارة التي هي من أنواع
المعارف ونعم ما قالوا لكل جواد كبرة ولكل صارم نبوة (قوله ولأن ملك صاحب الأرض باق
فإن الأرض لم تنصر مستهلكة والغصب لا يتحقق فيها الخ) أقول لمتوهم أن يتوهم أن قوله في
التعليل والغصب لا يتحقق فيها بنا في وضع المسئلة في الغصب بأن قال ومن غصب أرضا فغرس فيها
أوبى فالجواب أن المراد بالغصب المذكور في وضع المسئلة هو معناه القوي والغصب المتني تحققه
في الأرض في أثناء التعليل هو معناه الشرعي على أصل أئمتنا فلا منافاة وقال صاحب غاية البيان قد مر

وقوله عليه الصلاة والسلام
ليس لعرق ظالم حق صححه
في المغرب بتقوين عرق
أي الذي عرق ظالم وهو
الذي يغرس في الأرض
غرسا على وجه الاعتصاب
ليستوجبها وصف العرق
بالنظم الذي هو صفة صاحب
مجازا وقد روي بالاضافة
أي ليس لعرق غاصب
ثبوت بل يؤمر بقلعه وقوله
(فتقوم الأرض الخ) يعتبر
قيمة الأرض بدون الشجر
عشرة دنانير مثلا ومع
الشجر المستحق قلعه خمسة
عشر يضمن صاحب الأرض
خمس دنانير للغاصب فيسلم
الأرض والشجر لصاحب
الأرض وكذا البناء (قوله
ومن غصب ثوبا الخ) ظاهر
وقوله (اعتبارا بفصل
الساحة) يعني كما أن في
فصل الساحة يؤمر بالقطع
إذا لم تنصر الأرض به فكذلك
ههنا لأن في كل منهما
شغل ملك الغير بملكه
وقوله (لأن التمييز يمكن)
يعني بالعصر

(قوله وقوله عليه الصلاة
والسلام ليس لعرق ظالم
حق صححه في المغرب إلى
قوله بل يؤمر بقلعه) أقول
ولا مجال ليكون ظالم نعتا
لذي لأنه معرفة

وقوله (ولنا مينا) يعنى في مسئلة الساجدة بالجسم بقوله ووجه آخر لنا وقوله (والخيرة لصاحب الثوب) جواب عما يقال لم لا يكون الخيار لصاحب الصبغ يعنى ان شاء سلم الثوب الى مالكه وضمنه قيمة صبغه وان شاء ضمن قيمة الثوب أبيض وبيانه أن تخيير كل منهما متعذر لجواز وقوع التنافي بينهما وتخير المالك أولى لان الثوب أصل والصبغ صفة فيكون كالتابع له والسويق بمنزلة الثوب والسمن بمنزلة الصبغ (قال أبو عصمة) المروزي رحمه الله (في أصل (٣٨٥) المسئلة) يعنى في قوله ومن غصب ثوبا فصبغه أحمر واخترز

ولنا مينا أن فيه رعاية الجانبين والخيرة لصاحب الثوب لكونه صاحب الأصل بخلاف الساجدة بني فيها لان النقض له بعد النقض أما الصبغ فيتلشى وبخلاف ما اذا انصبغ بهبوب الريح لانه لا جناية من صاحب الصبغ ليضمن الثوب فيملك صاحب الأصل الصبغ قال أبو عصمة في أصل المسئلة وان شارب الثوب باعه ويضرب بقيمته أبيض وصاحب الصبغ بما زاد الصبغ فيه لانه أن لا يملك الصبغ بالقيمة وعند امتناعه تعين رعاية الجانبين في البيع ويتأتى هذا فيما اذا انصبغ الثوب بنفسه وقد ظهر بما ذكرنا الوجه في السويق غير أن السويق من ذوات الامثال فيضمن مثله والثوب من ذوات القيم فيضمن قيمته وقال في الأصل يضمن قيمة السويق لان السويق يتفاوت بالقلى فلم يبق مثليا وقيل المراد منه المثل مما به لقيامه مقامه والصقرة كالحرة ولو صبغه أسود فهو نقصان عند أبي حنيفة وعندهما زيادة وقيل هذا اختلاف عصر وزمان وقيل ان كان ثوبا ينقصه السواد فهو نقصان وان كان ثوبا يزيد فيه السواد فهو كالحرة وقد عرف في غيره هذا الموضع ولو كان ثوبا تنقصه الحرة بأن كانت قيمته ثلاثين درهما فاقتراجت بالصبغ الى عشرين فعن محمد أنه يتظر الى ثوب تزيد فيه الحرة فان كانت الزيادة خمسة يأخذ ثوبه وخسة دراهم لان احدى الخمسين جبرت بالصبغ

في أوائل كتاب الغصب عند قوله والغصب فيما ينقل ويحول أن عبارات مشابحا اختلفت في غصب الدور والعقار على مذهب أبي حنيفة وأبي يوسف فقال بعضهم بتحقيق فيها الغصب ولكن لا على وجه يوجب الضمان واليه مال القدرى في قوله واذا غصب عقارا فله ان لا يضمنه عند أبي حنيفة وأبي يوسف فعلى هذا لا يرد السؤال على قوله ومن غصب أرضا وقال بعضهم لا يتحقق فيجاب عنه بأن يقال لما تصور بصورة الغصب سماء غصبا كفى قوله تعالى الا ابليس ولا نه نصورة الملائكة اه كلامه (أقول) قد مر منا أيضا هناك أنه لم يقل أحد من مشايخنا أن الغصب الشرعى يتحقق عند أبي حنيفة وأبي يوسف في العقار ولو قال ذلك لما صح منه أن يقول لا على وجه يوجب الضمان فان وجوب الضمان عند هلاك المغصوب في يد الغاصب حكم مقرر لمطلق الغصب الشرعى لا يتكلف عنه عند أحد وانما اعتر صاحب الغاية باستعمال بعض المشايخ لفظ الغصب في العقار وتوجيه ذلك على طرف التمام يجمعه على المعنى القوي كما قررناه آنفا فلا وجه لنباه عدم ورود السؤال على قوله ومن غصب أرضا على القول بتحقيق الغصب الشرعى في العقار على أن ملو بنى عليه لورد السؤال على قول المصنف في تعليل ذلك والغصب لا يتحقق فيها اذ يلزم حينئذ أن لا يطابق التعليل المعلن وأما الجواب الذى ذكره صاحب الغاية على تقدير عدم القول بتحقيق الغصب في العقار بأنه لما كان في صورة الغصب سماء غصبا فله وجه ولكن فيما ذكرناه من الجمل على المعنى القوي مندوحة عنه كالا يحق

بمذا القيد عن أن يتوهم أن هذا الحكم الذى ذكره أبو عصمة متصل بما يليه من مسئلة الانصباغ وان كانت مسئلة الانصباغ كذلك لكن وقع من أى عصمة في أصل المسئلة فقدمه بذلك تصحيا للنقل (وقد ظهر بما ذكرنا) في مسئلة الصبغ والانصباغ (الوجه) يعنى جواب المسئلة وتعليلها (في السويق) من حيث الخلط والاختلاط بغير فعل (غير أن السويق من ذوات الامثال فيضمن مثله والثوب من ذوات القيم فيضمن قيمته وقال في الأصل يضمن قيمة السويق لان السويق يتفاوت بالقلى فلم يبق مثليا وقيل المراد منه (أى من القيمة المثل مما به) أى سعى المثل بالقيمة (لقيامه مقامه) أى لقيام المثل مقام المغصوب وذ كر الضمير في منه وبه بتأويل ما يقوم (قوله فعن محمد رحمه الله أنه ينظر الخ)

(٤٩ - تكمله سابع) معناه ان نظر الى ثوب تزيد فيه الحرة فان كانت الزيادة خمسة مثليا يأخذ ثوبه وخسة دراهم لان صاحب الثوب استوجب نقصان الثوب عشرة واستوجب الصباغ عليه قيمة الصبغ خمسة فالخسة بالخسة قصاص ويرجع عليه بما بقى من النقصان وهو خمسة وهذا رواية هشام عن محمد رحمه الله

(قوله قال أبو عصمة المروزي) أقول هو سعد بن معاذ المروزي تلميذ ابراهيم بن يوسف تلميذ أبي يوسف رحمه الله

فصل لما فرغ من كيفية ما يوجب الملك للغاصب بالضمان شرع في ذكر مسائل تتصل بمسائل الغصب قال (ومن غصب عينا فغيبها) فالملك بالخيار ان شاء صبر الى ان توجد وان شاء ضمنه قيمتها فان اختار تضمين القيمة فضمنها الغاصب ملكها عندنا خلافا للشافعي رحمه الله قال (الغصب عدوان محض وما هو كذلك لا يصلح سببا للملك) كالمغصب مدبر او غيبه وضمن قيمته فانه لا يملكه بالاتفاق (ولنا الملك البدل وهو القيمة بكامله) يعني يد اورقبة وكل من ملك بدل شي خرج المبدل عن ملكه في مقابله ودخل في ملك صاحب البدل دفعا للضرر عن مالك البدل لكن بشرط أن يكون المبدل قابلا للنقل من ملك الى ملك والمدير ليس كذلك وكلامه يشير الى أن سبب الملك هو الغصب واللام يمكن تعديل الشافعي بذلك مناسباً وهو مذهب القاضي أبي زيد رحمه الله فانه قال في الاسرار قال علماؤنا رحمه الله الغصب يفسد الملك في المغصوب عند القضاء بالضمان أو التراضي قال شمس الأئمة رحمه الله في المبسوط وهذا وهم فان الملك لا يثبت عند أداء الضمان من (٣٨٦) وقت الغصب للغاصب حقيقة وله هذا الاصل في الولد ولو كان الغصب هو السبب لكان

فصل * ومن غصب عينا فغيبها فضمنه المالك قيمتها ملكها وهذا عندنا وقال الشافعي لا يملكها لان الغصب عدوان محض فلا يصلح سببا للملك كافي المدير ولنا أنه ملك البدل بكامله والمبدل قابل للنقل من ملك الى ملك فيملكه دفعا للضرر عنه بخلاف المدير لانه غير قابل للنقل لحق المدير نعم قديمه يفسخ التدبير بالقضاء لكن البيع بعده يصادف القن

فصل لما فرغ من ذكر كيفية ما يوجب الملك للغاصب بالضمان ذكر في هذا الفصل مسائل متفرقة تتصل بمسائل الغصب كما هو دأب المصنفين كذا في النهاية وذكره صاحب العناية أيضا بعبارة أقصر (أقول) فيه كلام وهو أن المذكور في الفصل السابق ما يوجب الملك للغاصب بفعله وعمله لا بالضمان كما يشعر به هناك عنوان الفصل حيث قال فصل فيما يتغير بعمل الغاصب ويدل عليه قطعاً قوله وإذا تغيرت العين المغصوبة بفعل الغاصب حتى زال اسمها وعظم منافعتها زال ملك المغصوب منه عنها وملكها الغاصب ولو سلم ذلك كان ينبغي أن يذكر في الفصل السابق ما ذكر في صدر هذا الفصل وهو قوله ومن غصب عينا فغيبها فضمنه المالك قيمتها ملكها فانه من قبيل ما يوجب الملك للغاصب بالضمان صريحا (قوله وقال الشافعي لا يملكها لان الغصب عدوان محض فلا يصلح سببا للملك كافي المدير ولنا أنه ملك البدل بكامله والمبدل قابل للنقل من ملك الى ملك فيملكه دفعا للضرر عنه) قال صاحب العناية بعد شرح كلام المصنف وكلامه يشير الى أن سبب الملك هو الغصب واللام يمكن تعديل الشافعي بذلك مناسباً ٨١ وأورد عليه بعض الفضلاء حيث قال فيه بحث فان عدم مناسبتها لاهم منافعها أنه أن يكون وجهها آخر لنا في الجواب ٨١ (أقول) كيف لاهم مناسبتها تعليل وهو خصمنا في هذه المسئلة وتزيف دليل خصمنا مما هم منالاحالة فلو لم يكن سبب الملك هو الغصب عندنا لكان ينبغي على المصنف بيان عدم مناسبة تعليله لما قلنا لا تزيف به دليله فان قيل قد استغنى المصنف عن تزيف دليله بهذا الوجه بما ذكره بقوله ولنا أنه ملك البدل بكامله الخ كما أشار اليه ذلك البعض بقوله غاية أنه أن يكون وجهها آخر لنا في الجواب قلنا ما ذكره بقوله ولنا أنه ملك البدل الخ لا يصلح جواباً آخر عما قاله

إذا تم الملك بذلك السبب
عك الزوائد المتصلة
والمنفعة ومع هذا في هذه
العبارة بعض الشبهة
فالغصب عدوان محض
والملك - كم مشروع
مرغوب فيه فيكون سببه
مشروعا مرغوبا فيه ولا
يصلح أن يجعل العدوان
المحض سبباً لانه ترغيب
للناس فيه لتحصيل ما هو
مرغوب لهم به ولا يجوز
إضافة مثله الى الشرع
وقيل فيه نظير لانه
لا يراد بكون الغصب سبباً
للك عند أداء الضمان أنه
يوجب مطلقاً بطريق
الاستناد والثابت به ثابت
من وجه دون وجه فلا
يظهر أثره في ثبوت الزيادة
المنفصلة وقوله (نعم قد
يفسخ التدبير بالقضاء)

جواب عما يقال لانه لم أن المدير لا يقبل النقل فان مولاه ولو باعه وحكم القاضي بجواز بيعه جاز البيع وفسخ الشافعي التدبير وتقريره القول بالموجب يعني نعم هو كذلك لكن هو في ضمن قضاء القاضي في الفصل المجتهد فيه فيثبت كان البيع مصادفاً للقن لا التدبير فيجوز بيعه لمصادفته القن بهذا الطريق وأما ما نحن فيه فلم يفسخ التدبير والكلام فيه

فصل (قوله لما فرغ من كيفية) أقول الظاهر تبديل الكيفية بالبيان (قوله ما يوجب الملك) أقول أي بعمل الغاصب (قوله فانه لا يملكه بالاتفاق) أقول لكن التعليل مختلف فعند الشافعي لان الغصب لا يصلح أن يكون سبب الملك وعندنا لان المدير لا يقبل النقل كما يجيء قال المصنف (والمبدل قابل للنقل) أقول قوله والمبدل حال أو عطف بيان (قوله واللام يمكن تعديل الشافعي بذلك مناسباً) أقول فيه بحث فان عدم مناسبتها لاهم منافعها أن يكون وجهها آخر لنا في الجواب (قوله وقيل فيه نظر) أقول القائل هو الاتقاني (قوله بل بطريق الاستناد والثابت به ثابت من وجه دون وجه فلا يظهر أثره في ثبوت الزيادة المنفصلة) أقول وكذلك في البيع الموقوف يملكه مستنداً كما هو في البيع مع أنه يملك الزوائد المنفصلة

قال (والقول في القيمة قول الغاصب مع عيئه) اذا اختلفا في قيمة المغصوب فالقول فيه اقول الغاصب مع عيئه (الا أن يقيم المالك البينة بأكثر من ذلك) فحينئذ لم يكن القول قول الغاصب بل يكون للمالك (لانه أثبتته بالحجة الملزمة) فان عجز عن إقامة البينة وطلب عين الغاصب والغاصب بينة تشهد بقيمة المغصوب لم تقبل بئس بئس بل يحلف على دعواه لان بئس تنفي الزيادة والبينة على النفي لا تقبل وقال بعض مشايخنا رحمه الله ينبغي أن تقبل لاسقاط اليمين كالودع اذا ادعى رد الوديعة فان القول قوله ولو أقام البينة على ذلك قبلت وكان القاضي الامام أبو علي التستري رحمه الله يقول هذه المسئلة عدت مشكلة ومن المشايخ من فرق بين هذه المسئلة ومسئلة الوديعة وهو الصحيح لان المودع ليس عليه الا اليمين وإقامة البينة أسقطها وارتفعت الخصومة وأما الغاصب فعليه ههنا اليمين والقيمة وإقامة البينة لم يسقط الا اليمين فلا يكون في معنى الوديعة وكان المصنف رحمه الله اختار قول من قال ذكر أوصاف المغصوب في دعوى الغصب ليس بشرط حيث لم يذكره وهو الاصح قال محمد رحمه الله في الاصل اذا ادعى رجل على رجل أنه غصب منه جارية له وأقام على ذلك بينة بحبس المدعى عليه حتى يجي به او يردها على صاحبها قال شمس الأئمة الحلواني رحمه الله ينبغي أن تحفظ هذه المسئلة لانه قال أقام بينة أنه غصب جارية له ولم يبين جنسها وصفها وقيمتها وانما كان ذلك أصح لأجل الضرورة فان الغاصب يتنصع عن احضار المغصوب عادة وحين يغصب انما يأتي من الشهود ومعاينة فعل الغصب دون العلم بأوصاف (٣٨٧) المغصوب فسقط اعتبار علمهم

بالاوصاف لأجل التعذر وثبت بشهادتهم ففعل الغصب في محل هو مال متقوم فصار ثبوت ذلك بالبينة كنبوته باقراره فيحبس حتى يجي به وعلى هذا الاحتجاج الى تأويل أبي بكر الأعمش وهو ما قال تأويلها أن الشهود شهدوا على اقرار الغاصب بذلك فأما الشهادة على فعل الغصب فلا تقبل مع جهالة المغصوب لان المقصود اثبات الملك المدعى في المغصوب واقتضاء بالمجهول غير ممكن (فان ظهرت العين وقيمتها أكثر مما ضمن) فأما

قال (والقول في القيمة قول الغاصب مع عيئه) لان المالك يدعي الزيادة وهو ينكر والقول قول المنكر مع عيئه (الا أن يقيم المالك البينة بأكثر من ذلك) لانه أثبتته بالحجة الملزمة قال (فان ظهرت العين وقيمتها أكثر مما ضمن وقد ضمنها بقول المالك أو ببينة أقامها أو بتكول الغاصب عن اليمين فلا خيار للمالك وهو الغاصب) لانه تم له الملك بسبب اتصال به رضا المالك حيث ادعى هذا المقدار قال (فان كان ضمنه بقول الغاصب مع عيئه فهو بالخيار ان شاء أمضى الضمان وان شاء أخذ العين ورد العوض) لانه لم يتم رضاه بهذا المقدار حيث يدعي الزيادة وأخذ دونها لعدم الحجة ولو ظهرت العين وقيمتها مثل ما ضمنه أو دونه في هذا الفصل الاخير فكذلك الجواب في ظاهر الرواية وهو الاصح خلافا لما قاله الكرخي رحمه الله انه لا خيار له لانه لم يتم رضاه حيث لم يعط له ما يدعيه والخيار لقوات الرضا الشافعي ولا يندفع به اشكال أن يكون ما هو وعد وان محض سبب الملك كما ذكره الشافعي في تعليقه فلو لم يكن سبب الملك عندنا هو الغصب لما تزل منع كون الغصب سببا للملك عندنا في الجواب عما قاله الخصم فهل يستغنى العاقل عن مثل هذا الأمر الجلي القاطع عندنا مكان التثبت به بمثل ما ذكره المصنف عما هو كثير من المقدمات خفي الدلالة على دفع ما قاله الخصم كما ترى فصح ما ذهب اليه صاحب العناية من أن سوق كلام المصنف ههنا يشير الى أن سبب الملك عندنا هو الغصب كما صرح به القاضي أبو زيد في الاسرار حيث قال قال علماؤنا الغصب يفيد الملك في المغصوب عند القضاء بالضمان أو التراضي عليه (قوله الا أن يقيم المالك البينة بأكثر من ذلك) فان عجز المالك عن إقامة البينة وطلب عين الغاصب

أن يكون ضمن بعد تمام الرضا أولا فان كان الاول كالوضمنه بقول المالك أو ببينة أقامها المالك أو بتكول الغاصب عن اليمين فلا خيار للمالك والعين للغاصب لانه تم له الملك بسبب اتصال به رضا المالك حيث ادعى هذا المقدار وان كان الثاني كالوضمنه بقول الغاصب مع عيئه فله الخيار ان شاء أمضى الضمان وان شاء أخذ العين ورد العوض لانه لم يتم رضاه بهذا المقدار حيث يدعي الزيادة فان قبل أخذه القيمة وان كانت ناقصة بدل على تمام الرضا فكانت كالمسئلة الاولى وأجاب بقوله (وأخذه دونها) أي أخذ المالك ما دون الزيادة لا بدل على تمام الرضا لانه انما أخذ ذلك للضرورة وهي عدم الحجة فلا يدل على رضاه بخلاف المسئلة المقدمه لان دعواه تلك القيمة كانت باختياره (ولو ظهرت العين وقيمتها مثل ما ضمنه أو دونه في هذا الفصل الاخير) يعني ما اذا ضمنه بقول الغاصب مع عيئه (فكذلك الجواب) أي فهو بالخيار ان شاء أمضى الضمان وان شاء أخذ العين ورد العوض (في ظاهر الرواية) وقال الكرخي رحمه الله لا خيار له في استرداده لانه توفر عليه بدل ملكه بكاله (وهو) أي ظاهر الرواية (الاصح) لانه لم يتم رضاه بزوال العين عن ملكه حيث لم يعط ما يدعيه من القيمة وما لم يتم الرضا لم يسقط الخيار

(قوله فلا يكون في معنى المودع) أقول ينظر فان الغاصب مدع صورة ومن هذه الجهة قبلت بينة المودع وبينه مدعى الثمن الناقص اذا اختلفا في ثمن السلعة كما مر في الدعوى (قوله حيث لم يذكره وهو الاصح) أقول فيه تأمل

قال (ومن غصب عبد أقباعه الخ) ومن غصب عبد أقباعه فضمنه المالك قيمته فقد جاز بيعه وإن أعتقه الغاصب عن نفسه ثم ضمن القيمة لم يجز عتقه لأن ملكه الثابت فيه ناقص لشبوته مستندا أو ضرورة اجتماع البدل والمبدل في ملك شخص واحد ولهذا يظهر في حق الأ كساب دون الأولاد (٣٨٨) على ما ذكره الناقص يكتفي لنفوذ البيع دون الاعتاق بالنص كملك المكاتب

فإن له أن يبيع عبده وليس له أن يعتقه وقيد باعتاق الغاصب ثم بتضمينه احتراماً عن اعتاق المشتري من الغاصب ثم تضمين الغاصب فإن فيه روايتين في رواية يصح اعتاقه وهو الأصح قياساً على الوقف وفي رواية لا يصح وقد تقدم في بيع الفضولي (وولد المغصوبة ونحوها) كالسمن والجمل ونحوه البستان المغصوب أمانة في يد الغاصب لا تضمن إلا بالتعدي أو بالخلود عند طلب المالك) والأ كساب الحاصلة باستغلال الغاصب ليست من غنائه في شيء حتى تضمن بالتعدي لما أنها عوض عن منافع المغصوب ومنافعه غير مضمونة عندنا فكذا بذلها) وقال الشافعي رحمه الله زوائد المغصوب مضمونة متصلة كانت أو منفصلة بناء على أن أحد الغصب عنده أثبات البدل على مال الغير بغير رضاه وهو موجود في هذه الصورة فكان كالطبية المخرجة من الحرم إذا ولدت في يده فإن الولد يكون مضموناً عليه لوجود سبب الضمان في حق الأم وإن لم يكن

قال (ومن غصب عبد أقباعه فضمنه المالك قيمته فقد جاز بيعه وإن أعتقه ثم ضمن القيمة لم يجز عتقه) لأن ملكه الثابت فيه ناقص لشبوته مستندا أو ضرورة ولهذا يظهر في حق الأ كساب دون الأولاد والناقص يكتفي لنفوذ البيع دون العتق كملك المكاتب قال (وولد المغصوبة ونحوها ونحوه البستان المغصوب أمانة في يد الغاصب إن هلك فلا ضمان عليه إلا أن يتعدي فيها أو يطلبها مالكمها فيمنعها إياه) وقال الشافعي زوائد المغصوب مضمونة متصلة كانت أو منفصلة لوجود الغصب وهو أثبات البدل على مال الغير بغير رضاه كافي للطبية المخرجة من الحرم إذا ولدت في يده يكون مضموناً عليه ولنا أن الغصب أثبات البدل على مال الغير على وجه يزيل بد المالك على ما ذكرنا وبذل المالك ما كانت ثابتة على هذه الزيادة حتى يزيلها الغاصب

والغاصب يئنه تشهد بقيمة المغصوب لم تقبل يئنه بل يحلف على دعواه لأن يئنه تنفي الزيادة واليئنه على النفي لا تقبل وقال بعض مشايخنا ينبغي أن تقبل لاسقاط اليمين كاللوع إذا ادعى رد الوديعة فإن القول قوله ولو أقام اليئنه على ذلك قبلت وكان القاضي أو على النسي يقول هذا المسئلة عدت مشكلة ومن المشايخ من فرق بين هذه ومسئلة الوديعة وهو الصحيح لأن المودع ليس عليه إلا اليمين وبأقامة اليئنه أسقطها وارتفع الخصومة وأما الغاصب فعليه ههنا اليمين والقيمة وبأقامة اليئنه لم يسقط إلا اليمين فلا يكون في معنى المودع كذا في العناية وغيرها (أقول) فيما ذكرنا من وجه الفرق نظر فانه إنما يفيد أن لا يكون الغاصب في هذه المسئلة كاللوع من جميع الوجوه حيث وجب على الغاصب اليمين والقيمة ولم يجب على المودع إلا اليمين وهذا لا ينافي صحة قياس هذه المسئلة على مسئلة الوديعة في قبول اليئنه لاسقاط اليمين لأن الاتحاد بينهما في هذه الجهة كافي في صحة القياس ولا يضرها وجوب القيمة على الغاصب لأن الواجب عليه فيما إذا عجز المالك عن إقامة اليئنه على الأ كسابها هو الأ قل الذي كان معترفاً به وليس مقصود من إقامة اليئنه عليه إلا مجرد اسقاط اليمين على الزيادة عن نفسه وإذا حصل له هذه الفائدة صار في معنى المودع من جهة الاتحاد فائدة قبول اليئنه فتدبر (قوله ولنا أن الغصب أثبات البدل على مال الغير على وجه يزيل بد المالك على ما ذكرنا وبذل المالك ما كانت ثابتة على هذه الزيادة حتى يزيلها الغاصب) واعترض بأن هذا يقتضي أن يضمن الولد إذا غصب الجارية حاملاً لأن البدل كانت ثابتة عليه وليس كذلك فانه لا فرق بين هذا وبين ما إذا غصبها غير حامل فقبلت في يد الغاصب وولدت والرواية في الأسرار وأجيب بأن الحمل قبل الانفصال ليس بحال بل بعد عيب في الأمة فلم يصدق عليه أثبات البدل على مال الغير كذا في العناية وكثير من الشروح (أقول) في الجواب بحث لأن الحمل قبل الانفصال لو لم يكن مالا لم يصح اعتاقه وتدبيره إذا تظاهر أن محل الاعتاق والتدبير لا يكون إلا مالا لملكو كذا وقد تقر في محله أنه يصح اعتاقه وتدبيره فيلزم أن يكون مالا ولو سلم أن محل الاعتاق والتدبير لا يلزم أن يكون مالا بل يكتفي أن يكون ملكاً وأن الملك يجوز أن يتحقق في غير المال أيضاً فالجواب المذكور لا يصلح عبارة الكتاب لأن الحاصل منه أن وجه عدم ضمان الولد فيما إذا غصب الجارية حاملاً هو عدم كون الحمل قبل الانفصال مالا لأن بد المالك ما كانت ثابتة عليه وقد قال في الكتاب وبذل المالك ما كانت ثابتة على هذه الزيادة حتى يزيلها الغاصب ولا شك أن هذه العبارة لا تتناول

هناك منع من المخرج (ولنا أن الغصب أثبات البدل على مال الغير على وجه يزيل بد المالك على ما ذكرنا) في أول ما إذا كتاب الغصب وأثبات البدل على ذلك الوجه ليس موجوداً فيما نحن فيه لأنها ما كانت ثابتة على هذه الزيادة حتى يزيلها الغاصب (قوله دون الاعتاق بالنص) أقول قال النبي عليه الصلاة والسلام لا عتق فيما لا يملك ابن آدم

واعترض بأن هذا يقتضي أن يضمن الولد إذا غصب الجارية حاملا لأن اليد كانت ثابتة عليه وليس كذلك فإنه لا فرق بين هذا وبين ما إذا غصبها غير حامل فثبت في يد الغاصب وولدت والرواية في الأمر وأجيب بأن الحمل قبل الانفصال ليس بحال بل يعد عيبا في الأمه فلم يصدق عليه إثبات اليد على مال الغير سلمنا ذلك لكن لا إزالة ثم ظاهرا إذا ظاهر عدم المنع عند الطلب حتى لو منعه بعد الطلب أو تعدى فيه قلنا بالضمان كما قال في الكتاب وذلك بأن أنقله أو ذبحه أو كله أو باعه وسلمه وانما ذكر التسليم لأن التعدى لا يتحقق بمجرد البيع بل بالتسليم بعده فان تقويت يده يحصل به لانه كان متمكنا من أخذه من الغاصب وقد زال ذلك بالبيع والتسليم وعورض بأن الأم مضمونة البتة والاصاف القارة في الامهات تسرى الى الاولاد كالحرية والرق والملك في الشراء وأجيب بأن الضمان ليس بصفة قارة في الأم بل هو لزوم حتى في ذمة الغاصب فان وصف به المال كان مجازا فان قيل قد وجد الضمان في مواضع فلم تحقق العلة المذكورة فيها فكان أمارة يفها وذلك كغاصب الغاصب فانه يضمن وان لم يزل يد المالك بل أزال يد الغاصب والملتقط اذا لم يشهد مع القدرة على الاشهاد ولم يزل يد المأخوذ او المأخوذ لا يضمن به الولد ولم يزل يد المالك في حق الولد ويضمن (٣٨٩) الاموال بالاتلاف تسببا كحفر البئر في غير الملك وليس ثم ازالة

ولو اعتبرت ثابتة على الولد لا يزيلها اذا تظاهر عدم المنع حتى لو منع الولد بعد طلبه يضمنه وكذا اذا تعدى فيه كما قال في الكتاب وذلك بأن أنقله أو ذبحه أو كله أو باعه وسلمه وفي الطيبة المخرجة لا يضمن ولها اذا اذاهلك قبل التمكن من الارسال لعدم المنع وانما يضمنه اذا هلك بعده لوجود المنع بعد طلب صاحب الحق وهو الشرع على هذا أكثر مشايخنا ولو أطلق الجواب فهو ضمان جنائية

ما إذا غصب الجارية حاملا مع أنه لا يضمن الزيادة في هاتيك الصورة أيضا كما ذكر في الاسرار فلم يندفع ورود الامهات من المذكور على عبارة الكتاب كما لا يخفى (قوله ولو اعتبرت ثابتة على الولد لا يزيلها اذا تظاهر عدم المنع) أقول هذا الغنايم فيما إذا غصب الجارية غير حامل فثبت في يد الغاصب وأما فيما إذا غصبها حاملا فلا لان الولد في هذه الصورة كان جزءا من أمه حين الغصب فكان ازالة يد المالك عن أمه مستلزما لا الزام عنه أيضا ضرورة استلزام ازالة اليد عن الكل ازالته عن أجزاءه فلا يمتد واذن ان يقال ولو اعتبرت ثابتة على الولد لا يزيلها ولا يصح التعليل بأن يقال اذا تظاهر عدم المنع لان منع الكل بازالة يد المالك عنه منع الجزئية أيضا وقد صرحوا بأنه لا فرق بين ما إذا غصبها حاملا وبين ما إذا غصبها غير حامل فثبت في يد الغاصب في كون الولد غير مضمون عندنا فكان التعليل المذكور قاصرا عن افادة تمام المسئلة قال صاحب العناية وعورض بأن الأم مضمونة البتة والاصاف القارة في الامهات تسرى الى الاولاد كالحرية والرق والملك في الشراء وأجيب بأن الضمان ليس بصفة قارة في الأم بل هو لزوم حتى في ذمة الغاصب فان وصف به المال كان مجازا اه كلامه وقد سبقه الى ذكر مضمون هذا السؤال والجواب صاحبا النهاية ومعراج الدراية (أقول) في الجواب نظر لان الضمان مصدر للفعل المتعدى يقال يضمنه ضمانا ولتمثل هذا المصدر تعلق بالفاعل وبهذا الاعتبار يصير وصفه وتعلق بالمفعول به وبهذا الاعتبار يصير وصفه أيضا وقد صرح به المحقق التفتازاني في التلويح في فصل ألفاظ العام وحققه حيث قال ان الفعل المتعدى يحتاج الى المفعول به في التعقل والوجود جميعا

بدأ أحد ولا اثباتها للجواب أن ما قلنا ان القصب على التفسير المذكور يوجب الضمان مطرد لا محالة وأما أن كل ما يوجب الضمان كان غصبيا فلم يلتزم ذلك لجواز أن يكون الضمان حكما نوعيا يثبت لكل شخص منه بشخص من العلة بما يكون تعديا (قوله وفي الطيبة المخرجة من الحرم) جواب عن قوله كافي الطيبة المخرجة من الحرم ووجه ذلك أن القياس غير صحيح لانه ان قاس عليها قبل التمكن من الارسال فهو ظاهر الفساد لانه لا ضمان فيه عندنا لعدم المنع وان قاس عليها بعد التمكن منه فكذلك لان الضمان فيه

باعتبار المنع بعد طلب صاحب الحق وهو الشرع لا باعتبار أن الأم مضمونة وعلى هذا الوجه من الجواب أكثر مشايخنا (واذا أطلق) يعني لو قيل يوجب الضمان في ولد الطيبة سواء هلك قبل التمكن من الارسال أو بعده (فهو ضمان جنائية) أي اتلاف لان صيد الحرم وزوائده كان أمنا في الحرم صيدا وذلك في بعده عن أيدينا فالوقوع في أيدينا تلف لمعنى الصيدية فيضمن لذلك بمجرد الوقوع في أيدينا

(قوله سلمنا ذلك لكن لا إزالة ثم ظاهرا) أقول فيه بحث فان ازالة عن الكل ازالة عن الجزئية (قوله فان تقويت يده يحصل به) أقول فان قيل ما كانت يده ثابتة حتى بقوت قلنا فرق بين التقويت والازالة فالاول لا يقتضي الثبوت (قوله وأجيب بأن الضمان ليس بصفة قارة في الأم بل هو لزوم حتى الخ) أقول فيه تأمل (قوله والمأخوذ اذا منع الولد يضمن به الولد) أقول فان ولد المأخوذ وحررت بالقيمة (قوله لجواز أن يكون الضمان حكما نوعيا الخ) أقول فيه تأمل اذ حينئذ لا يستدل بانتفاء القصب على انتفاء الضمان كافي مستلثنا مع أن المستلثين الأولين دللتا على أن مجرد اثبات اليد كاف في الضمان (قوله فيضمن لذلك بمجرد الوقوع) أقول الاولى أن يقول بشكر الضمان بدلالة ما قبله وما بعده

(واهذا يتكرر) الجزاء (بتكررهذه الجناية) فانه لو أدى الضمان بسبب اخراج الصيد عن الحرم ثم أرسله فيه ثم أخرج ذلك الصيد من الحرم وجب جزاء آخر ويجوز أن يكون معناه يتكرر وجوب الارسال بتكررهذه الجناية التي هي الاخراج من الحرم (قوله ويجب) يعني الضمان (بالاعانة والاشارة بالنص فلا ينبغي عاها وفوقها وهو اثبات اليد على مستحق الأمن أولى) قال (وما نقصت الجارية بالولادة الخ) ما نقصت الجارية (٣٩٠) بسبب الولادة في يد الغاصب فهو في ضمان الغاصب فلو غصبها فولدت عندهم فأت

الولد فعليه رد الجارية ورد نقصان الولادة الذي ثبت فيها بسبب الولادة لان الجارية بالغصب دخلت في ضمانه بجميع أجزائها وقد فات جزء مضمون منها فتكون مضمونة عليه كالأولاد كلها فان ردت الجارية والولد وقد نقصت قيمة الجارية وقيمة الولد تصلح أن تكون جارة لذلك النقصان لم يضمن الغاصب شيئا وقال زفر والشافعي رحمه الله لا ينخير النقصان بالولادة لان الولد ملكه فلا يصلح جارا للملكه كافي ولد الطيبة الخسرة من الحرم اذا نقصت قيمتها وقيمة ولدها تساوى ذلك النقصان فانه لا ينخير به بل يجب ضمان النقصان مع وجوب ردها الى الحرم وكما اذا هلك الولد قبل الرد أو ماتت الأم و بقيمة الولد وفاء وكما اذا جز صوف شاة غيره فثبت مكانه آخر أو قطع قوائم شجر الغير فثبت قوائم أخرى مكانها أو خصى عبد غيره فزادت قيمته بسبب الخصاء أو علمه الحرفة فأضناه التعليم فانه لا ينخير الصوف بالصوف والقوائم بالقوائم ولا مانع من الجزاء بالخصاء والتعليم بما زاد من القيمة فيه

ولهذا يتكرر بتكررها ويجب بالاعانة والاشارة فلا ينبغي عاها وفوقها وهو اثبات اليد على مستحق الأمن أولى وأخرى قال (وما نقصت الجارية بالولادة في ضمان الغاصب فان كان في قيمة الولد وقا به انخير النقصان بالولد وسط ضمانه عن الغاصب) وقال زفر والشافعي لا ينخير النقصان بالولد لان الولد ملكه فلا يصلح جارا للملكه كافي ولد الطيبة وكما اذا هلك الولد قبل الرد أو ماتت الأم وبالولد وفاء وصار كما اذا جز صوف شاة غيره أو قطع قوائم شجر غيره أو خصى عبد غيره أو علمه الحرفة فأضناه التعليم

والى المفعول فيه في الوجود فقط وقال له تعلق بالفاعل وبهذا الاعتبار هو وصفه وتعلق بالمفعول به وبهذا الاعتبار هو وصفه وقال ولا امتناع في قيام الاضافات بالمضافين ورده قبول صاحب الكشف ان الضرب قائم بالضارب فلا يقوم بالضرب لامتناع قيام الوصف الواحد بشخصين فقد ظهر منه أن الضمان كما يوصف به الغاصب حقيقة فيقال هو ضمان يوصف به المال أيضا حقيقة فيقال هو مضمون فقول هو لا الشراح فان وصف به المال كان مجازا بمنوع جدا وقال صاحب العناية فان قيل قد وجد الضمان في مواضع ولم يتحقق العلة المذكورة فيها فكان أمارة بغيرها وذلك كغاصب الغاصب فانه يضمن وان لم يزل يذل بالمالك بل أزال يد الغاصب وكللت فقط اذا لم يشهد مع القدرة على الاشهاد ولم يزل يداو المغرور اذا منع الولد يضمن به الولد ولم يزل يداو في حق الولد يضمن الاموال بالاتلاف تسببا تخلف البئر في غير الملك وليس ثم ازالة بدأ أحد ولا اثباتها فالجواب أن ما قلنا ان الغصب على التفسير المذكور يوجب الضمان مطرد لا محالة وأما أن كل ما يوجب الضمان كان غصبا فلم يلزم ذلك لجواز أن يكون الضمان حكما نوعيا يثبت كل شخص من شخص من العلة مما يكون تعدد بالي هنا كلامه (أقول) هذا الجواب ليس بتمام لانه انما يفيد أن لو كان المراد بالسؤال المذكور أن قولك الغصب على التفسير المذكور يوجب الضمان غير منعكس لتحقيق وجوب الضمان في الصورة المزبورة بدون تحقق الغصب على التفسير المذكور فيها وأما اذا كان المراد بذلك أن تعليل مسئلتنا بالعلة المذكورة في الكتاب منتقض بالصورة المزبورة لان حاصل هذه العلة أن تفسير الغصب بما ذكرنا لم يتحقق في زوائد الغصب فلم يجب الضمان فيها ولا شك أن ذلك التفسير غير متحقق في الصورة المزبورة أيضا مع وجوب الضمان فيها فلا بد دفع ذلك الجواب المذكور ذلك السؤال كالا يخفى على الفطن فالاولى في السؤال والجواب ما فصل في النهاية ومعراج الدراية فان شئت فراجعهما (قوله ولهذا يتكرر بتكررها) قال صاحب النهاية في شرح هذا المحل أي يتكرر الجزاء بتكررهذه الجناية فانه لو أدى الضمان بسبب اخراج الصيد عن الحرم ثم أرسله في الحرم ثم أخرج ذلك الصيد من الحرم يجب ضمان آخر كذا وجد بخط شيخنا ولكن يحتمل أن يكون معناه يتكرر وجوب الارسال بتكررهذه الجناية التي هي الاخراج من الحرم وهذا أولى لانه أو فتر واية المبسوط في المناسك حيث جعل هناك اتصال صيد الحرم الى الحرم بمنزلة اتصال المغصوب الى يد المغصوب منه وفي الغصب اذا

وصل

والقوائم بالقوائم ولا مانع من الجزاء بالخصاء والتعليم بما زاد من القيمة فيه

(قوله معناه يتكرر وجوب الارسال) أقول وعلى هذا يلزم فك الضمان (قوله فعليه رد الجارية ورد نقصان الولادة الذي ثبت فيها بسبب الولادة) أقول قوله الذي صفة النقصان وضمير فيها راجع الى الجارية وقوله بسبب الولادة متعلق بقوله ثبت (قوله بما زاد من القيمة فيه) أقول قوله بما زاد متعلق بقوله لا ينخير

ولنا أن سبب الزيادة والنقصان واحد وهو الولادة أو العلق على ما عرف وعند ذلك لا بعد نقصانا فلا يوجب ضمنا

وصل المغصوب الى المالك كما غصب لا يجب الضمان على الغاصب من شيء ولكن بتكرار وجوب الرد الى المالك بتكرار الغصب فكذا هنا الى هنا لفظ النهاية واقترن أثرهما كذا الشراح في تجويز المعنيين المذكورين ههنا ولكن لم يقل أحد سواء ترجع المعنى الثاني على الاول ومنهم صاحب العناية حيث قال في شرح هذا المحل ولهذا يتكرر الجزاء بتكرار هذه الجناية فانه لو أدى الضمان بسبب اخراج الصيد عن الحرم ثم أرسله فيه ثم أخرج ذلك الصيد من الحرم وجب جزاء آخر ويجوز أن يكون معناه يتكرر وجوب الارسال بتكرار هذه الجناية التي هي الاخراج من الحرم اه كلامه (أقول) لا جواز عندى للمعنى الثاني ههنا أصلا فضلا عن أن يكون هو الاول كما زعم صاحب النهاية فان قول المصنف بتكرار بتكرار هامة فرع على قوله فهو ضمان جنابة كما ترى ولا يصح هذا الفرع على تقدير جل قوله بتكرار بتكرار هاء على المعنى الثاني لان تكرار وجوب الارسال بتكرار الاخراج من الحرم لا يكون أمانة على كون ضمان ولد الطيبة ضمان جنابته لا ضمان غصب فان تكرار وجوب الارسال بتكرار الاخراج من الحرم ينتظم كون ضمان ولد الطيبة ضمان جنابة وكونه ضمان غصب على السواء كما لا يخفى بل رواية المسبوط في المناسك أوفق لكونه ضمان غصب على ما قرره صاحب النهاية حيث قال جعل هناك اتصال صيد الحرم الى الحرم بمنزلة اتصال المغصوب الى يد المغصوب منه وفي الغصب اذا وصل المغصوب الى المالك كما غصب لا يجب الضمان على الغاصب من شيء ولكن بتكرار وجوب الرد الى المالك بتكرار الغصب فكذا هنا اه تدبر توقف (قوله ولنا أن سبب الزيادة والنقصان واحد وهو الولادة أو العلق على ما عرف) ذهب جماعة من الشراح وهم أصحاب الكفاية والنهاية ومراجع الدراية الى أن قول المصنف على ما عرف اشارة الى ما يجيبه في مسألة من غصب جارية فزنى بها وذهب بعضهم وهو صاحب غايه البيان الى أنه اشارة الى ما ذكر في طريقة الخلاف واختار صاحب العناية الثاني وذكر الاول أيضا بطريق النقل حيث قال بمعنى في طريقة الخلاف وقيل في مسألة من غصب جارية فزنى بها على ما يجيبه اه (أقول) لا مجال عندى للعمل على الاول أصلا لان المراد بالسبب ههنا سبب الزيادة والنقصان وما يجيبه في مسألة من غصب جارية فزنى بها سبب الموت ولا شك أن ما هو سبب لا حدهما لا يصلح أن يكون سببا لآخر أيضا البتة حتى يصح حواله معرفة أحدهما على معرفة الآخر ألا ترى الى قول المصنف فيما سألني وتخرج الثانية أن الولادة ليست بسبب لموت الام اذا لا تقضى اليه غالبا اه فان ذلك صريح في أن الولادة لا تكون سببا لموت الام و يعلم منه دلالة أن العلق أيضا لا يكون سببا لان افشاءه الى الموت أبعد من افشاء الولادة اليه كما لا يخفى مع أنه حكم ههنا بأن سبب الزيادة والنقصان هو الولادة والعلق ثم ان المعروف في الحواله على ما يجيبه أن يقال على ما يجيبه أو على ما يعرف بصيغة المضارع وأما أن يقال في مثل ذلك على ما عرف فلم يعرف قط فالوجه هو الحمل على ما عرف في طريقة الخلاف لا غير (قوله وعند ذلك لا بعد نقصانا فلا يوجب ضمنا) لان السبب الواحد لما أثر في الزيادة والنقصان كانت الزيادة خلفا عن النقصان كالبيع لما أزال المبيع عن ملك البائع دخل الثمن في ملكه فكان الثمن خلفا عن مالبة المبيع لاتحاد السبب حتى ان الشاهدين اذا شهدا على رجل يبيع شيء بمثل قيمته ففضى القاضي به ثم رجعا لم يضمن شيئا وهذا لان الفوات الخلف كالفوات كذا في الشروح واعتراض بأنه لم يخرج جواب الخصم عن أصل دليله وهو أن الولد ملك المولى فلا يصلح أن يكون حاربا للنقصان وقع في ملكه بل هو على حاله وأجيب بأن المصنف أشار الى جوابه بقوله لا بعد نقصانا فانه اذا لم يعد نقصانا لم يرجع الى جابر فاطلاق الجابر عليه توسع هذا

ولنا أن سبب الزيادة والنقصان واحد وهو الولادة عندهما والعلق عند أبي حنيفة رحمه الله على ما عرف ذلك يعنى في طريقة الخلاف وقيل في مسألة من غصب جارية وزنى بها على ما يجيبه وعند ذلك لا بعد نقصانا نقصانا لان السبب الواحد لما أثر في الزيادة والنقصان كانت الزيادة خلفا عن النقصان كالبيع لما أزال المبيع عن ملك البائع ادخل الثمن في ملكه فكان الثمن خلفا عن مالبة المبيع لاتحاد السبب حتى ان الشاهدين اذا شهدا على رجل يبيع شيء بمثل قيمته ففضى القاضي به ثم رجعا لم يضمن شيئا وهذا لان الفوات الخلف كالفوات كذا في الشروح واعتراض بأنه لم يخرج جواب الخصم عن أصل دليله وهو أن الولد ملك المولى فلا يصلح أن يكون حاربا للنقصان وقع في ملكه بل هو على حاله وأجيب بأن المصنف أشار الى جوابه بقوله لا بعد نقصانا فانه اذا لم يعد نقصانا لم يرجع الى جابر فاطلاق الجابر عليه توسع هذا

وصار كما اذا غصب جارية سميئة ثم هزلت ثم سمنت أو سقطت ثنيتهما ثبتت أو قطعت يد المغصوب في يده وأخذ أرشها وأدام مع العبد
يحتسب عن نقصان القطع ولم يعتبر النقصان لكونه الى خلف (قوله وولد الظبية ممنوع) جواب عن قولهما وتقريره لانسلم أن نقصان
الظبية بالولادة لا ينجبر بقيمة الولد وكذا لانسلم أن الأم اذا ماتت لا ينجبر قيمتها بقيمة أم الولد اذا كان فيها وفاء وهذا المنع على غير ظاهر الرواية
وأما تخرجهما على الظاهر فهو أن كلامنا فيما اذا كان السبب واحدا وهما ليس كذلك فان الولادة سبب للزيادة وليست بسبب لموت الأم
اذلا تنقضي اليه غالبا وروى عن أبي حنيفة رضي الله عنه رواية أخرى وهو أنه يجبر بالولادة قدر نقصان الولادة ويضمن ما زاد على
ذلك من قيمة الأم لان الولادة لا توجب الموت فالتقصان بسبب الولادة دون موت الأم ورد القيمة كرد العين ولورد عين الجارية كان النقصان
مجبورا بالولد فكذا اذا رد قيمتها (و بخلاف ما اذا مات الولد قبل الرد) جواب عن قوله كما اذا هلك الولد قبل الرد وجهه أن كلامنا فيما اذا رد الأم
بنقصان الولادة هل يغير النقصان برد الولد واذا كان الولد هالكا كيف ينجبر النقصان به والخصاء لا يعد زيادة لانه غرض بعض الفسقة فلم
يكن له اعتبار في الشرع وما ورا ذلك من المسائل فليس فيه اتحاد السبب لما ذكر في الكتاب فلا يكون متصلا بعمل التزاع فان قيل
المذكور جواب المستشهد بها وأصل نكته الخصم وهو أن الولد ملك المولى فلا يصلح أن يكون جابر النقصان وقع في ملكه فهو على حاله
أجيب بأن المصنف رحمه الله (٣٩٣) أشار الى جوابه بقوله لا يعد نقصانا ولذا لم يكن نقصانا لم يخرج الى جابر فاطلاق الجابر عليه توسع في

وصار كما اذا غصب جارية سميئة فهزلت ثم سمنت أو سقطت ثنيتهما ثبتت أو قطعت يد المغصوب في يده
وأخذ أرشها وأدام مع العبد يحتسب عن نقصان القطع وولد الظبية ممنوع وكذا اذا ماتت الأم
وتخرج الثانية أن الولادة ليست بسبب لموت الأم اذا الولادة لا تنقضي اليه غالبا وبخلاف ما اذا مات الولد
قبل الرد لانه لا بد من رد أصله البراءة فكذا لا بد من رد خلفه والخصاء لا يعد زيادة لانه غرض بعض
الفسقة ولا اتحاد في السبب فيما ورا ذلك من المسائل لان سبب النقصان القطع والجزو سبب الزيادة
النمو وسبب النقصان التعليم والزيادة سبب الفهم قال (ومن غصب جارية فزني بها فحلت ثم ردها وماتت
في نفاسها يضمن قيمتها يوم علق ولا ضمان عليه في الحررة وهذا عند أبي حنيفة وقال لا يضمن في الأمة
أيضا) له ما أن الرد قد صح

العبارة فان قيل لو كان الولد
خلفا وبدا عن النقصان لما
بقي ملكا للمولى عند ارتفاعه
بضمن الغاصب لئلا
يجتمع البدلان في ملك
واحد أجيب بأنه ملك
المولى لا بحالة ومن حيث
الملك ليس يبدل بل هو
بدل من حيث الذات فاذا
ارتفع النقصان بطلت
الخلفية وبقي في ملك المولى
فان قيل الولد عنده أمانة
فكيف يكون خلفا عن
المضمون فالجواب ما أشار
اليه المصنف رحمه الله من
عدم عدده نقصانا لانضمينه
وهذا الجواب صالح للدفع
عن السؤال الثاني أيضا قل

زبد ما في النهاية والعناية (أقول) الجواب منظوريه فان النقصان أمر محقق لا مجال لانكار وقوعه اذ
وضع مسئلنا فيما اذا نقصت الجارية بالولادة ولا يرى وجهه لأن لا يعد ذلك النقصان المحقق نقصا فاسوى
انحياز ذلك النقصان بالزيادة التي هي الولد كما يدل عليه كلام الشراح قاطبة في شرح قول المصنف وعند
ذلك لا يعد نقصانا كما مر ويدل عليه قوله في أصل المسئلة فان كان في قيمة الولد وفاء به جبر النقصان بالولد
وسقط ضمانه عن الغاصب ولو كان إطلاق الجابر عليه توسع ولم يوجد الخبر حقيقة لم يظهر وجهه لأن
يعد نقصان المغصوب الواقع في يد الغاصب نقصانا موجبا للضمان في سائر المواضع وأن لا يعد نقصانه
الواقع في يد الغاصب فيما نحن فيه نقصانا موجبا للضمان عندنا بل يزعم أن يكون ذلك تحكما بحنا وحاشا
لاعتنان ذلك فليست أم (قوله وصار كما اذا غصب جارية سميئة فهزلت ثم سمنت أو سقطت ثنيتهما ثبتت)

رد المصنف ما لطفه ذهنا جازا الله عن المحصلين خيرا قال (ومن غصب جارية فزني بها) قال في الجامع الصغير محمد عن
يعقوب عن أبي حنيفة في الرجل يغصب الجارية فزني بها ثم ردها فتجبل فتتوفى في نفاسها قال هو ضمان لقيمتها يوم علق وليس عليه
في الحررة ضمان وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله لا ضمان علي في الأمة أيضا اذا ماتت في نفاسها بعدما ردها وتابعه المصنف في قوله
ثم ردها فتجبل بتقديم الرد على الحمل ووقع في عامة النسخ بتقديم الحمل على الرديان أن الحمل كان موجودا وقت الرد فالرد قد صح
لانه أوصل الحق الى المستحق وصحته توجب البراءة عن الضمان فان قيل لانسلم لحقته حيث علمت بسبب كان عنده

قال المصنف (أوسقطت ثنيتهما ثبتت) أقول قال الزيلعي أو قلها الغاصب فثبتت مكانها أخرى فردها سقط ضمانه عنه اه
وفيه أن السبب ليس بمحدد والفرق أن الثنية لا قيمة لها بخلاف القوائم والصوف (قوله أجيب بأن المصنف أشار الى جوابه بقوله لا يعد
نقصانا الخ) أقول ويجوز أن يجاب بالمنع فانه يجوز بيع المأثون من مولاه وعكسه كما سبق وبيع المضارب من رب المال مع أنه يشتري
ماله بماله وقد مر تفصيله في باب المراجعة والتولية فراجع (قوله لما بقي ملكا للمولى عند ارتفاعه) أقول فيه بحث (قوله بضمن
الغاصب) أقول أي على مذهب زفر والشافعي (قوله بل هو بدل من حيث الذات) أقول فيه بحث

أجاب بقوله (والهلاك بعده بسبب حدث في يد المالك وهو الولادة) لا يسبب كان عند الغاصب والهلاك بذلك لا يوجب الضمان على الغاصب. كما اذا جث في يد الغاصب ثم ردها فهلكت أوزنت في يد الغاصب فردها فخلدت فهلكت منه ولكن اشترى جارية قد حبلت عند البائع ولم يعلم المشتري بالحبل (فولدت عند المشتري وماتت في نفاسها لا يرجع على البائع بالثمن) فلا يضمن الغاصب قيمتها لكن يضمن نقصان الحبل. (ولا يحنيفة رجه الله ان الرذ لم يكن صحيحا لان الصحيح منه أن يكون على الوجه الذي أخذ ولم يوجدها فانه غصبها وما انعقد فيها سبب التلف ورددها وفيها ذلك) فصار كما اذا جثت في يد الغاصب فقتلت بها في يد المالك أو دفعت بها بأن كانت الجنابة خطأ فانه يرجع على الغاصب بكل القيمة كذا هذا بخلاف الحرة) اذا زنى بها رجل مكره فخلت وماتت في نفاسها (لانها لا تضمن بالغصب) ولهذا لو هلكت عنده لا يضمن فلا يبقى ضمان الغصب بعد فساد الرذ بكونها حبل (قوله وفي فصل الشراء) جواب عن قولها ما كن اشترى جارية قد حبلت عند البائع بطريق الفرق وهو أن في فصل الشراء الواجب (٣٩٣) على البائع ابتداء التسليم أي تسليم

المبيع على الوجه الذي وقع عليه العقد وقد تحقق ذلك منه وموتها بالنفاس لا يعدم التسليم (وما ذكرناه) من وجوب الرد على الوجه الذي أخذه عليه (شرط لصحة الرد) ولم يوجب رد فكان تمثيل ما لم يوجب بشرطه على ما وجد بشرطه وهو تمثيل فاسد قيل وتحقيقه أن الشراء لم يتناول العين اذا لوصاف لا تدخل في الشراء ولهذا لا يقابلها شيء من الثمن فكان الواجب على البائع تسليم العين الذي هو مال متقوم وقد وجد فلا يرجع المشتري عليه بالهلاك في يده وأما الغصب فالوصاف داخل فيه ولهذا الغصب جارية تميمية فهرزت في يد الغاصب ورددها كذلك فانه يضمن النقصان واذا دخلت الاوصاف فيه كان الرد بدونها

والهلاك بعده بسبب حدث في يد المالك وهو الولادة فلا يضمن الغاصب كما اذا جث في يد الغاصب ثم ردها فهلكت أوزنت في يده ثم ردها فخلدت فهلكت منه ولكن اشترى جارية قد حبلت عند البائع فولدت عند المشتري وماتت في نفاسها لا يرجع على البائع بالثمن وله أنه غصبها وما انعقد فيها سبب التلف وردت وفيها ذلك فلم يوجب رد على الوجه الذي أخذ فلم يصح الرد وصار كما اذا جثت في يد الغاصب فخلت بها في يد المالك أو دفعت بها بأن كانت الجنابة خطأ يرجع على الغاصب بكل القيمة كذا هذا بخلاف الحرة لانها لا تضمن بالغصب ليبقى ضمان الغصب بعد فساد الرد وفي فصل الشراء الواجب ابتداء التسليم وما ذكرناه شرط صحة الرد

(أقول) لقائل أن يقول لا اتحاد في السبب في هاتين الصورتين اذ لا شك أن سبب النقصان وهو الهزال في الصورة الاولى وسقوط الثنية في الصورة الثانية يغير سبب الزيادة وهي السمن في الاولى وثبت الثنية في الثانية وقد رد المصنف فيما بعد قياس الخصم على نحو جز صرف شاة وقطع قوائم شجرة بعدم الاتحاد في السبب في المقيس عليه فكيف تشبث ههنا بالقياس على تلك الصورتين مع عدم الاتحاد في السبب فيها أيضا ثم أقول في الجواب ان الفرق باتحاد السبب وعدم اتحادهما لا يؤثر في قدح القياس في عدم سقوط الضمان كما هو مدعى الخصم اذ لا يلزم من عدم سقوطه عند عدم اتحاد السبب عدم سقوطه عند اتحادهما اذ يمكن عند اتحادهما أن لا يعد النقصان نقصانا كما ذكره بخلاف عدم اتحادهما اذ لا وجه عنده أصلا لأن لا يعد النقصان نقصانا ولا يقدح ذلك الفرق في القياس في سقوط الضمان كما هو مدعى انالانه اذا سقط الضمان عند عدم اتحاد السبب مع عدم جواز أن لا يعد النقصان هناك نقصانا فلا ينسقط الضمان عند اتحاد السبب مع جواز أن لا يعد النقصان هناك نقصانا أولى كما لا يخفى فندبر فانه وجه لطيف في الفرق بين القياسين ولم أسبق الى كشفه وبيانه وقال بعض الفضلاء والفرق أن الثنية لقيمة لها بخلاف القوائم والصوف اه (أقول) ليس هذا بشئ لأن الثنية وان لم يكن لها قيمة الا أن سقوطها يورث نقصانا للجارية بلا ريب والكلام في نقصان الجارية المقصودة فلا يفيد ذلك الفرق شيئا فيما نحن فيه (قوله والهلاك بعده بسبب حدث في يد المالك وهو الولادة) أقول يرد عليه في الظاهر أنه جعل الولادة ههنا

(٥٥ - تكمله سابق) رد فاسدا وأما اذا جث في يد الغاصب فلان سبب الموت ما به من الحي والضعف وقت الموت ويحتمل أن يكون سببه مادة كانت في يد الغاصب أو حدثت في يد المالك أو هر كبة منه ما فلا يضاف الى سبب قائم في يد الغاصب بالشك

قال المصنف (وردت وفيها ذلك) أقول لا يخفى عليك مخالفة هذا الكلام لما سبق أنقاه من وجه الرواية الظاهرة من الامام أن الولادة ليست بسبب موت الام فتأمل في دفعها قال المصنف (وفي فصل الشراء الواجب الخ) أقول قال الزبائعي وفي فصل الحي الموت يحصل بزوال القوى وأنه يزول بتراصف الاكام فلم يكن الموت حاصل بسبب وجدي يد الغاصب فيجب عليه ضمان قدر ما كان عنده دون الزيادة انتهى وفيه تأمل (قوله أي تسليم المبيع على الوجه الذي وقع عليه العقد الخ) أقول يشترط فيه أيضا تسليمه بوصف السلامة (قوله اذا الاوصاف لا تدخل في الشراء) أقول فيه بحيث فانه يرجع عليه بنقصان العيب (قوله من الحي والضعف) أقول أي ضعف الطبيعة عن دفع آثار الحي المتوالية (قوله ويحتمل أن يكون سببه الخ) أقول فيه بحث

(قوله والزنا سبب) جواب عن قولهما أو زنت في يده الخ وتقريره أن الزنا الذي وجد في يد الغاصب انما يوجب الجلد المؤلم لا الجراح ولا المتلف ولما جلدت في يد المالك بجلد متلف كان غير ماوجب في يد الغاصب فلا يضمن قال (ولا يضمن الغاصب منافع ما غصبه الخ) منافع الغصب غير مضمونة لكن ان نقص باستعماله غرم الغاصب النقصان وقال الشافعي رحمه الله مضمونة بأجر المثل ولا فرق في المذهبين بين التعطيل والاستعمال وربما سمي الاول غصبا والثاني اتلافا في شمول العدم عندنا وشمول الوجود عنده وفصل مالك رحمه الله قال ان سكنها فكما قال الشافعي وان عطلها انك كما قال أبو حنيفة رحمه الله (لشافعي رحمه الله أن المنافع أموال متقومة) لكونها ما غير الأذى خلق له صلة الأذى ويجري فيه النسخ والضنة (ويضمن بالعقود) صحيحة كانت أو فاسدة بالأجماع (فكذا بالغصوب) لان العقد لا يجعل غير المتقوم متقوما كالأول ورد على الميتة (ولنا أنها حصلت على ملك الغاصب لانها حدثت في مكانه) أي تصرفه وقدرته وكسبه (اذهي لم تكن حادثة في يد المالك لانها أعرض لا تبقى) وما حدثت في مكان الرجل فهو في ملكه مدفعا لحاجته فان الملك لم يثبت للعبد الادفع له حاجته الى اقامة التكاليف (٣٩٤) فالمنافع حاصلة في ملك الرجل والانسان لا يضمن ملك نفسه ولئن سلمنا

سدونها على ملك المالك لكن لا يتحقق غصبها واتلافها وكيف يتحقق ذلك ولأنه لا يبقاؤها ولئن سلمنا تحقق غصبها واتلافها لكن شرط الضمان الممانلة والمنافع لا تماثل الاعيان لسرعة فنائها وبقاء الاعيان واعترض بما اذا تلف ما يسرع اليه الفساد فانه يضمنه بالدرهم التي تبقى فدل على أن الممانلة من حيث القضاء والبقاء غير معتبرة وبما اذا استأجر الوصي للقيم ما يحتاج اليه بدهم التيسيم فانه جائز لا محالة ولو كان ما ذكرتم صحيحا لما جاز لان القربان الى مال التيسيم لا يجوز الا بالوجه الاحسن وأوجب عن الاول بأن الممانلة المعتبرة هي ما تكون بين باق وباق

والزنا سبب جلد مؤلم لا جراح ولا متلف فلم يوجد السبب في يد الغاصب قال (ولا يضمن الغاصب منافع ما غصبه الا بالنقص باستعماله فيغرم النقصان) وقال الشافعي يضمنها فيجب أجر المثل ولا فرق في المذهبين بين ما اذا عطلها أو سكنها وقال مالك ان سكنها يجب أجر المثل وان عطلها الاثنى عليه له أن المنافع أموال متقومة حتى تضمن بالعقود فكذا بالغصوب ولنا أنها حصلت على ملك الغاصب لحدوثها في مكانه اذهي لم تكن حادثة في يد المالك لانها أعرض لا تبقى فيملكها مدفعا لحاجته والانسان لا يضمن ملكه كيف وانه لا يتحقق غصبها واتلافها لانه لا يبقاؤها

سببا للهلاك وقد صرح فيما مر بأنها ليست بسبب الموت حيث قال وتخرى الثانية أن الولادة ليست بسبب موت الام اذ لا تنضى اليه غالباً فكان بين الكلامين تدافع فليتامل في التوجيه (قوله ولنا أنها حصلت على ملك الغاصب لحدوثها في مكانه اذهي لم تكن حادثة في يد المالك لانها أعرض لا تبقى فيملكها مدفعا لحاجته والانسان لا يضمن ملكه) لقائل أن يقول مقتضى هذا الدليل أن لا تجب الاجرة على المستأجر فيما اذا حدثت المنافع في يده كافي استئجار الدور والارض والدواب ونحوها لأن الانسان كما لا يضمن ملكه لا يجب عليه الاجرة بمقابلة ملكه مع أنه يجب عليه الاجرة في ذلك بالاجماع ولم أر أحدا حام حول جواب هذا الاشكال مع ظهور روده الا صاحب غاية البيان فانه قال والجواب عن مسئله الايجار قلنا لا تجب الاجرة عندنا بمقابلة المنافع بل بمقابلة التمكن من جهة المالك لان المالك يمكن من استيفاء المنافع الا يمكنه كان ذلك طريقا للوصول الى استيفاء المنافع فأعطى لما هو وسيلة الى المنفعة حكم المنفعة في حق وجوب الاجرة باعتبار الحاجة اه (أقول) هذا الجواب وان كان يصلح أن يكون مخلصا ههنا لأنه يستدعي ترك ظاهر كثير مما ذكرنا في كتاب الاجارات كقولهم الاجارة عليك المنافع بعوض وقولهم والقياس بأبي جوازها لان المعنة ودعليه المنفعة وهي معدومة وقولهم وتنفق الاجارة ساعة فساعة على حسب حدوث المنافع لأن المعاوضة تقتضي التساوي والمالك

لا يبين باق وأبقى فكان السؤال غير وارد وهذا راجع الى أنها تعتبر بين جوهرين لا بين جوهر وعرض ألا يرى أن بيع الثياب بالدرهم جائز وان كان أحدهما يبيع الى دون الآخر وعن الثاني بما ذكرنا أن شراء الثياب بالدرهم اليتيم جائز للوصي مع وجود التفاوت كما ذكرنا فدل على أن القربان الاحسن في مال اليتيم هو ما لا يعد عيبا في التصرفات

(قوله لانها أعرض لا تبقى) أقول وان بقيت لا تضمن أيضا لانها ترفع أصلها (قوله وما حدثت في مكان الرجل فهو في ملكه الخ) أقول الكبرى محتاجة الى البيان (قوله وهذا راجع الى أنها تعتبر بين جوهرين لا بين جوهر وعرض) أقول ويعضده أن الاجسام متمثلة لتركها من الجواهر المتجانسة ولا كذلك الجوهر والعرض (قوله ألا يرى أن بيع الثياب بالدرهم جائز الخ) أقول فيه بحث فانه يجوز بيع المنافع بالدرهم أيضا فلا يصلح ما ذكره للتنوير (قوله هو ما لا يعد عيبا في التصرفات) أقول ولا يقتضي الممانلة بخلاف ضمان العدوان فانه يمتنع على الممانلة بالنص

في المنفعة التي هي المعقود عليه يقع ساعة فساعة على حسب حدودها فكذا في بدائها وهو الاجرة وقولهم والدار أقيمت مقام المنفعة في حق إضافة العدة اليه ليرتبط بالإيجاب بالقبول ثم عمله يظهر في حق المنفعة ملكا واستحقاقا حال وجود المنفعة الى غير ذلك من الاقوال الدالة على كون الاجرة بمقابلة المنافع ولعل تأويل كلامهم غير بل متعذر تأمل تفقيد ثم أقول الاولى في الجواب عندي أن يقال اقتضاء الدليل المذكور عدم وجوب الاجرة على المسبب تأخر فيما اذا حدثت المنافع في يده انما هو على موجب القياس وقد تقرر في أول كتاب الاجارات أن القياس يأبي جوازها الا أنها حوزت على خلاف القياس بالنص استحسانا لحاجة الناس اليها وأن جوازها عندنا باعتبار اقامة العين التي هي سبب لوجود المنفعة كالدوام مثلاً مقام المنفعة في حق صحة الإيجاب والقبول فيجوز في الاجارة أن يجب الاجرة على المستأجر بمقابلة المنافع التي حصلت على ملكه بحدوثها في يده اذا وقع التراضي عليه باعتبار اقامة العين التي هي ملك المأجور وسبب لوجود المنفعة مقام المنفعة على موجب الاستحسان بالنص بخلاف الغصب فإنه غير جائز قياسا واستحسانا فلا يرتكب فيه ما يخالف القياس فتدبر (قوله ولأنها لا تتماثل الاعيان لسرعة فنائها وبقاء الاعيان) أقول لقائل أن يقول هذا الدليل انما يدل على ان منافع الغصب لا تضمن بالاعيان لعدم المماثلة بينهما ولا يدل على أنها لا تضمن بالمنافع المماثلة لها او المدعى عدم مضمونيتها أصلا فلا يتم التقريب ويمكن الجواب عنه بأن مبنى تقرير المصنف هذا الدليل على الوجه المزبور تقرر عدم مضمونيتها بالمنافع بالاجماع فكأنه لم يتعرض لنفي هذا الاحتمال لظهوره يرشد الى ذلك تقرير صاحب الكافي هذا الدليل حيث قال ولئن سلمنا تصور غصبها فلا يمكن تضمينها لانها الوصارت مضمونة على الغاصب فاما ان تضمن بالمنافع وهو باطل ولم يقل به أحد أو بالاعيان وهو باطل أيضا لانها لا تتماثل الاعيان لان المنافع أعراض لا تبقى وتبين والعيان تبقى أوقانا وبين ما يبقى وما لا يبقى تفاوت عظيم وضمن العدوان مبنى على المماثلة بالنص والاجماع ويرشد اليه أيضا تقرير صاحب غاية البيان ذلك الدليل حيث قال ولأن المنافع لو كانت مضمونة على الغاصب لا يخجل أو اما أن تكون مضمونة بأمثالها من المنافع أو بغيرها من الاعيان كالدرهم والدنانير فلا يجوز أن تكون مضمونة بالامثال وهي المنافع لانه لا قائل بذلك ولا يجوز أن تكون مضمونة بالاعيان لعدم المماثلة والمماثلة شرط في ضمان العدوان بقوله تعالى فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم اه قال صاحب العناية واعترض بما اذا أنلف ما يسرع اليه الفساد فانه يضمنه بالدرهم التي تبقى فدل على أن المماثلة من حيث الفناء والبقاء غير معتبرة وبما اذا استأجر الوصي لليتيم ما يحتاج اليه بدرهم اليتيم فانه جائز للمحالة ولو كان ما ذكرتم صحيحا لما جاز لأن القربان الى مال اليتيم لا يجوز الا بالوجه الاحسن وأوجب عن الوجه الاول بأن المماثلة المعتبرة هي ما تكون بين باق وباق لا بين باق وأبقى فكان السؤال غير وارد وهذا راجع الى أنها تعتبر بين جوهرين لا بين جوهر وعرض ألا يرى أن يبيع الثياب بالدرهم جائز وان كان أحدهما يبلى دون الآخر وعن الثاني بما ذكرنا ان شراء الثياب بدرهم اليتيم جائز للوصي مع وجود التفاوت كما ذكرنا فدل على أن القربان بالاحسن في مال اليتيم هو ما لا يعد عيبا في التصرفات اه كلامه (أقول) فيما ذكره في كل من الجوابين شيئا أما في الاول فلا تنويره بقوله ألا يرى أن يبيع الثياب بالدرهم جائز وان كان أحدهما يبلى دون الآخر ليس بهج لان جواز نوع من التفاوت بين البدلين في البيع لا يدل على جواز ذلك في ضمان العدوان لأن العقد والرضا تأثيرا في تجوز كثير من التفاوت وعن هذا قالوا يجوز بيع عبد قيمته ألف بألف ولا يجوز ذلك التفاوت في ضمان العدوان قطعا ألا يرى أن التفاوت بين

وقد عرفت هذه المآخذ في المختلف ولا نسلم أنها متقومة في ذاتها بل تقوم ضرورة عند ورود العقد ولم يوجد العقد الآن ما انتقص باستعماله مضمون عليه لاستهلاكه ببعض أجزاء العين

العين

جوهري وعرض يجوز أيضا بالعقد كما إذا استأجر منقعة دار من لا بدراهم معينة مع أن المماثلة المعتبرة في ضمان العدوان لا تتصور بين جوهري وعرض كما صرح به وأما في الثاني فلا يجوز شراء الثياب بدراهم اليتيم للوصي لا يدل على جواز استئجار الوصي لليتيم ما يحتاج إليه بدراهمه لأن التفاوت في الأول بين جوهري وجوهري وهو تفاوت غير فاحش والتفاوت في الثاني بين جوهري وعرض وهو تفاوت فاحش ولا شك أن جواز تصرف الوصي في مال اليتيم بالتفاوت الغير الفاحش لا يدل على جواز تصرفه فيه بالتفاوت الفاحش ألا يرى أن التفاوت الفاحش الذي بين جوهري وعرض يمنع المماثلة المعتبرة في ضمان العدوان دون التفاوت الغير الفاحش الذي بين جوهري وجوهري فلم يجوز أن يكون الأمر في تصرف الوصي في مال اليتيم أيضا كذلك فمن أين نبتت دلالة جواز شراء الثياب بدراهم اليتيم للوصي على أن القربان بالأحسن في مال اليتيم هو محرم لما لا بعد عيبا في التصرفات نعم يجوز أن يكون المراد بالقربان الأحسن في قوله تعالى ولا تقربوا مال اليتيم إلى الأبالي هي أحسن ذلك المعنى لكنه إنما يعرف بدليل آخر لا يجازي كمن جواز شراء الثياب بدراهم اليتيم للوصي (قوله وقد عرفت هذه المآخذ في المختلف) قال صاحب العناية في تفسيره هذه المآخذ أي العلة التي هي مناط الحكم أو ما ذكره أولا بقوله لأنها حصلت في ملك الغاصب وثانياً بقوله أنها لا يتحقق غصبها وتلافها وثالثاً بقوله لأنها لا تتماثل الأعيان الخ اه (أقول) فيه نوع خلل لأنه قال أو ما ذكره بكلمة أو وهي لاحد الأمرين ولا شك أن العلة التي كانت مناط الحكم ههنا وأشار إليه المصنف بهذه المآخذ هي ما ذكره أولا وثانياً وثالثاً بأقواله المزبورة لأمر آخر فكيف يصح العطف بكلمة أو وقال صاحب العناية ههنا أراد بالمآخذ العلة التي هي مناط الحكم وأراد بالمآخذ ما ذكره أولا بقوله أنها حصلت في ملك الغاصب وثانياً أنها لا يتحقق غصبها وتلافها وثالثاً أنها لا تتماثل الأعيان والشرط في ضمان العدوان المماثلة بالنص اه أقول بر دعلى ظاهره أن العلة التي هي مناط الحكم ههنا هي ما ذكره المصنف أولاً وثانياً وثالثاً بتابعينه كما عرفته آنفاً فإمعنى قول هذا الشارح أراد بالمآخذ هذا وأراد بهذا والعطف يقتضي التباين بين المعطوفين لكن يمكن توجيهه بأن يكون مقصوده بقوله أراد بالمآخذ العلة التي هي مناط الحكم تفسير معنى المآخذ ههنا بقوله وأراد بالمآخذ ما ذكره الخ تفسير ما صدق عليه المآخذ ههنا وتعيينه فكأنه قال أراد بمعنى المآخذ ههنا هذا وأراد بما صدق عليه المآخذ ههنا ذلك والمغايرة بين المفهوم وما صدق عليه ظاهرة فيصح العطف لأنه لو قال في الثاني وأراد بهذا المآخذ ما ذكره الخ لكان أحسن لكونه أدل على إرادة ما صدق عليه المآخذ كما لا يخفى على الفطن * ثم أقول بقي في هذا المقام بحث قوى وهو أنه قد صرح في معשרات الفتاوى بأن منافع الغصب مضمونة عندنا أيضاً في الوقف ومال اليتيم وما كان معدلاً جارية مع أن العلة المذكورة التي هي مناط الحكم بعدم ضمان منافع الغصب جارية بعينها في تلك الصور أيضاً (فإن قلت) العلة المذكورة على وفق القياس والقول بضمنان المنافع في تلك الصور موجب الاستحسان نظر الوقف ومال اليتيم ونحو ذلك ويجوز ترك القياس بالاستحسان (قلت) ذلك فيما يتصور ويمكن وتلك العلة بعضها يدل على عدم تصور الغصب والعدوان في المنافع وبعضها يدل على عدم إمكان تضمين المنافع بالأعيان لعدم المماثلة بينهما وبناء ضمان العدوان على المماثلة بالنص والاجماع فإبراه الاستحسان في خلاف ذلك مشكل جداً

(وقد عرفت هذه المآخذ)
أي العلة التي هي مناط
الحكم أو ما ذكره أولاً
لأنها حصلت في ملك
الغاصب وثانياً بقوله أنها
لا يتحقق غصبها وتلافها
وثالثاً بقوله لأنها لا تتماثل
الأعيان إلى آخره (في
المختلف) يعني في مختلف
أبي الليث وقوله (ولا
نسلم أنها متقومة)
جواب عن قوله المنافع
أموال متقومة وتقريره
أننا نسلم أنها متقومة في
ذاتها لأن التقوم لا يسبق
الوجود والاعراض وذلك
فيما لا يبقى غير متصور بل
يتقوم لضرورة دفع الحاجة
(عند ورود العقد) عليها
بالتراضي ولا عقدي
المتنازع فيه (الآن) أي
لكن (ما ينقص باستعماله
مضمون عليه لاستهلاكه
بعض أجزاء العين) والله أعلم
(قوله أو ما ذكره أولاً
لأنها حصلت الخ) أقول
فيه بحث

فصل في غصب ما لا يتقوم لما فرغ من بيان ماهو الاصل وهو غصب ما يتقوم لتحقيق الغصب فيه حقيقة بين غصب ما لا يتقوم باعتبار عرضية أن يصير متقوما إما باعتبار ديانة المصوب عنه بتقومه أو بتغيره في نفسه الى التقوم (قال وإن أنلف المسلم خرا الذي أو خنزيره الخ) هذه المسئلة على أربعة أوجه اتلاف المسلم خرا المسلم واتلاف الذي خرا الذي واتلاف المسلم خرا الذي ولا ضمان على المتلف في الاوabin بالاجماع وأما في الاخرين فعليه الضمان (٣٩٧) عندنا خلافا للشافعي رحمه الله وعلى

هذا الخلاف اذا باعها

الذي من الذي جاز البيع عندنا خلافا له قال (سقط تقومها في حق المسلم بلا خلاف فكذا في حق الذي لانهم أتباع لنا في الاحكام) قال صلى الله عليه وسلم اذا قبلوا عقد الفضة فأعلموهم أن لهم مال المسلمين وعليهم ما على المسلمين واذا سقط تقومها فلا يجب باتلافها مال متقوم وهو الضمان

أي ما يضمن به (ولنا أن التقوم

باق في حقهم اذا خسرهم كالخل لنا والخزير عندهم كالشاة عندنا) دل على ذلك قول عمر رضي الله عنه حين سأل عماله ماذا تصنعون بما يربو أهل الذمة من الجور فقالوا نعشرها قال لا تصنعوا ولو هم يبيعها وخذوا العشر من أثمانها فقد جعلها مالا يتقوم في حقهم حيث جاوز بيعها وأمر بأخذ العشر من غيرها ولم يفعل ذلك الا لتدبيرهم بذلك

فصل في غصب مالا

يتقوم قال المصنف

(واذا أنلف المسلم خرا

الذي أو خنزيره ضمن)

أقول في شرح الكافي لمصدر

فصل في غصب ما لا يتقوم قال (واذا أنلف المسلم خرا الذي أو خنزيره ضمن قيمتها فان أنلفها المسلم لم يضمن) وقال الشافعي لا يضمن مال الذي أيضا وعلى هذا الخلاف اذا أنلفها ماذي على ذي أو باعها الذي من الذي له أنه سقط تقومها في حق المسلم فكذا في حق الذي لانهم أتباع لنا في الاحكام فلا يجب باتلافها مال متقوم وهو الضمان ولنا أن التقوم باق في حقهم اذا خسرهم كالخل لنا والخزير لهم كالشاة لنا

فصل في غصب ما لا يتقوم قال صاحب النهاية لما فرغ من بيان أحكام غصب ما يتقوم وهو الاصل لان الغصب بجده الذي ذكرناه انما يتحقق فيه شرع في بيان أحكام غصب ما لا يتقوم باعتبار عرضية أن يصير متقوما إما باعتبار ديانة المصوب منه بأنه متقوم أو بتغيره في نفسه الى التقوم اه كلامه وقد ائقني أثره صاحب العناية (أقول) لا يذهب عليك أنه لا حاجة هنا الى المصير الى اعتبار عرضية أن يصير ما لا يتقوم متقوما بأحد الاعتبارين المذكورين بل لا وجه له عند النظر الدقيق لان المبين في هذا الفصل ضمان ما لا يتقوم في بعض المسائل وعدم ضمانه في بعضها ففي ما لا ضمان فيه كاتلاف خسر المسلم وخنزيره لا وجه لاعتبار عرضية أن يصير متقوما باعتبار ما أصلا فان اعتبار عرضية أن يصير متقوما مما لا تأثير له في حكم عدم الضمان قطعا بل له نوع ابا عنه ولعل بعض الشراح تبه لهذا اقول حديث اعتبار عرضية أن يصير متقوما منهم الشارح الكاكي حيث قال لما فرغ من بيان غصب ما يتقوم اذهوا الاصل شرع في بيان غصب ما لا يتقوم اه ومنهم الشارح الاتقاني حيث قال لما فرغ من بيان غصب ما يتقوم وهو الاصل شرع في بيان غصب ما لا يتقوم بالخزير في حق المسلم هل يجب به الضمان أم لا اه (قوله ولنا أن التقوم باق في حقهم اذا خسرهم كالخل لنا والخزير لهم كالشاة لنا) أقول فيه اشكال من وجهين أحدهما أن الخصم قال انهم أتباع لنا في الاحكام ونعمسك بقوله عليه الصلاة والسلام اذا قبلوا عقد الذمة فأعلمهم أن لهم مال المسلمين وعليهم ما على المسلمين كما صرح به في الكافي وعامة الشروح فكيف يتم التعليل بأن التقوم باق في حقهم في مقابلة ذلك الحديث الدال على كونهم أتباع لنا في الاحكام والتعليل في مقابلة النص غير صحيح على ما عرف في علم الاصول (فان قلت) نحن نأنا نتركههم وما يدينون كما ذكر في أثناء التعليل من قبلنا فدلل النص المتضمن لهذا الامر وهو قوله عليه الصلاة والسلام اتركههم وما يدينون على مدعائنا ههنا (قلت) للخصم أن يقول المراد بما يدينون الديانات دون المعاملات وما نحن فيه من المعاملات ولئن سلم العموم للمعاملات أيضا فيتحقق التعارض بين النصين فنأين يثبت الرجحان والثاني انه قد تقرر في علم الاصول انه لا خلاف في أن الكفار مخاطبون بالايامن والعقوبات والمعاملات والعبادات أيضا في حق المؤاخذة في الآخرة وأما في حق وجوب الاداء في الدنيا فختلف فيه وما نحن فيه من المعاملات فينبغي أن يكونوا مخاطبين بالخطاب الدال على عدم تقويم الخروا الخنزير أيضا * ثم أقول يمكن الجواب عن كل واحد منهما أما عن الاول فبأن يقال ما نحن فيه مخصص بالاجماع من عموم النص الدال على كونهم

الاسلام لو أنلف مسلم على ذي خنزير على قول أبي حنيفة لا يضمن شيئا وعلى قول أبي يوسف ومحمد يضمن قيمته قال الاتقاني وهذا خلاف ما ذكره القدوري في مختصره وفي شرحه فلتخصر الكرخي ولكنه قياس قول أبي حنيفة الذي مر قبيل باب نكاح الرقيق فراجعه قال المصنف (وعلى هذا الخلاف اذا أنلفها ماذي على ذي) أقول ولقد أحسن حيث أتق في المسلم بالام وفي الذي بعلى (قوله دل على ذلك قول عمر الى قوله لا تفعلوا مقول قول

ونحن أمرنا بأن نتركهم وما يدينون والسيف موضوع فيتعذر الإلزام وإذا بقي التقوم فقد وجد
تلاف مال مملوك متقوم فيضمنه

أتباع الناس في الأحكام فإن عررضي الله عنه حين سأل عما إذا تصنعون بما عير به أهل الذمة من الخمر
فقالوا نعشرها قال لا تفعلوا ولوهم بيعها وخذوا العشر من أثمانها فقد جعلها مالا متقوما في حقهم
حيث جوز بيعها وأمر بأخذ العشر من عنها ولم ينكره أحد في محل الإجماع وقد صرح به بعض الشراح
وأما عن الثاني فبأن يقال كون الكفار مخاطبين بالمعاملات ونحوها فيما يتحمل الخطاب التعميم لهم أيضا
وأما فيما لا يتعمله فلا يكونون مخاطبين بذلك قطعا وما نحن فيه من قبيل الثاني لأن الخمر كانت متقومة
في شريعة من قبلنا وفي صدر شريعةتنا والاصل أن ما ثبت يتي إلى أن يوجد المزيل والمزيل وهو قوله
تعالى رجس من عمل الشيطان فاجتنبوه وحذ في حقنا دليل السباق والسباق فبق في حق من لم يدخل
تحت هذا الخطاب على ما كان من قبل كما صرح به في الكافي والكفاية فلم يبق مجال للتعميم للكفار أيضا
وكذا الحال في الخنزير على ما حققه صاحب غاية البيان حيث قال فحقه في ذلك أن الخمر والخنزير كانا
حلالين في الأمم الماضية وكذا في حق هذه الأمة في ابتداء الإسلام ثم ورد الخطاب بالحرمة خاصة في حق
المسلمين فكانا حراما عليهم وبقي أحلالا على الكفار كسكاح المشركين كان حلالا في حق الناس كافة ثم ورد
التحريم خاصة في حق المسلمين فبق حلالا في حق الكفار فكذا ههنا لا يرى إلى خطاب الله تعالى المؤمنين
في سورة المائدة بقوله تعالى يا أيها الذين آمنوا انما الخمر والميسر والآنصاب والآلزام رجس من عمل
الشيطان فاجتنبوه لعالمكم تغفون والمؤمن هو الذي يعلم إذا اجتنب الخمر وقال تعالى حرمت عليكم
الميتة والدم ولحم الخنزير إلى هنا لفظ غاية البيان ثم إن التحقيق الذي لا محيد عنه ههنا ما ذكره صاحب
البدائع حيث قال وأما الكلام في المسئلة من حيث المعنى فبعض مشايخنا قالوا الخمر مباح في حق
أهل الذمة وكذا الخنزير فأنخر في حقهم كالحل في حقنا والخنزير في حقهم كالشاة في حقنا في حق الإباحة
شرا فتمكن كل واحد منهما مالا متقوما في حقهم ودليل الإباحة في حقهم أن كل واحد منهما مما تمتنع
به حقيقة صالح لأقامة معاملة البقاء والاصل في أسباب البقاء هو الإطلاق الآن الحرمة في حق المسلم
ثبتت نصا غير معقول المعنى أو معقولا المعنى لا يوجد ههنا أو يوجد لكنه يقتضي الحل لا الحرمة وهو قوله
تعالى انما يريد الشيطان أن يوقع بينكم العداوة والبغضاء في الخمر والميسر ويصدكم عن ذكر الله وعن
الصلاة لأن الصد لا يوجد في الكفرة والعداوة فيما بينهم واجب الوقوع لأنها سبب المنازعة والمنازعة سبب
الهلاك وهذا واجب الحل لا الحرمة فلا تثبت الحرمة في حقهم وبعضهم قالوا إن الحرمة ثابتة في حقهم
كأهل الذمة ثابتة في حق المسلمين لأن الكفار مخاطبون بشرايع هي حرمت عندنا هو الصحيح من الأقوال على
ما عرف في أصول الفقه وعلى هذا طريق الضمان وجهان أحدهما أن الخمر وإن لم تكن مالا متقوما
في الحال فهي معرضة أن تصبح مالا متقوما في الثاني بالخلل والتحليل وجوب ضمان الغصب والاتلاف
يعتمد كون الحل المقصوب والمتلف مالا متقوما في الجملة ولا يوقف على ذلك الحال لا يرى أن المهر والخنش
ومالا منفعلة في الحال مضمون بالغصب والاتلاف والثاني أن الشرع منعنا عن التعرض لهم بالمنع
عن شرب الخمر وأكل الخنزير حسا لا روى عن علي رضي الله عنه أنه قال أمرنا أن نتركهم وما يدينون
ومثله لا يكذب وقد افوا شرب الخمر وأكل الخنزير فلهذا نترك التعرض لهم في ذلك ونفي الضمان بالغصب
والاتلاف يقضي إلى التعرض لأن السفه إذا علم أنه إذا غصب أو تلف لا يؤخذ بالضمان يقدم على
ذلك وفي ذلك منعهم والتعرض لهم من حيث المعنى والله أعلم إلى هنا لفظ البدائع (قوله ونحن أمرنا بأن
نتركهم وما يدينون) أقول لقائل أن يقول فلم لا نتركهم وما يدينون في بعض الأمور كأحداث البيعة
والكنيسة وكر كواب الخيل وحمل السلاح فانهم يمنعون منها على ما مر في كتاب السير والجواب أن

(ونحن أمرنا بأن نتركهم وما يدينون) يعني لا نجادلهم
على الترك (والسيف موضوع) يعني لا يجبرون
على الترك بالإلزام بالسيف
لعمد الذمة وحينئذ تعذر
الإلزام على ترك التسدين
فبق التقوم في حقهم وإذا
بق فقد وجد تلاف مال
مملوك متقوم وذلك يوجب
الضمان بالنص فيضمنه
وفوق بما إذا مات المجوس
عن ابنتين أحدهما
أمر أنه فأنه لا تستحق
بالزوجة شيئا من الميراث
مع اعتقادهم صحة ذلك
النكاح وصحة النكاح
توجب توريث المرأة من
زوجها في جميع الأديان
إذا لم يوجد المانع ولم يوجد
في ديانهم ثم لم نتركهم وما
يدينون وأجيب بأننا نسلم
أنهم يعتقدون التوريث
بأنسكة المحارم فلا بد له
من بيان

(قوله لا نجادلهم على الترك الخ)
أقول أي ترك ما يدينون
(قوله) وأجيب بأننا نسلم
أنهم يعتقدون التوريث
(الخ) أقول فبأنه أن مراد
الناقص إذا حكمنا بينهم
على شرع الإسلام لطلبهم
ذلك لا نورنها

وقوله (بخلاف الميتة والدم) جواب لمقيس عليه للشافعي رحمه الله لم يذكر في الكتاب (لان احدا من اهل الاديان لا يدين بتولهما الا انه يجب قيمة الخمر وان كانت منلبة) وتذكر كبر الضمير في الكتاب بتأويل الشراب والمذكور (لان المسلم ممنوع عن تملكه لكونه اعزازا ٤) بخلاف اهل الذمة فانهم غير ممنوعين عن تملكها وملكها فان جرت بينهما مباحة (٣٩٩) جازلهم التملك والتملك وان

استملكها بعضهم لبعض جاز تسليم مثلها وتسليمه (قوله) وهذا بخلاف الربا متعلق بقوله لان الذي غير ممنوع عن تملك الخمر كذا قيل والاولى ان يتعلق بقوله نحن امرنا ان نتركهم وما يدينون الى آخره لاتساق ما بعده من العطف حينئذ (وقوله لانه مستثنى من عقودهم) يعني بعدم الجواز لقوله صلى الله عليه وسلم الامن اري فلديس بيننا وبينه عهد وذلك لانه فسق منهم لا تدن لشبوت حرمة الربا في دينهم قال الله تعالى واخذهم الربا وقد نهوا عنه (وبخلاف العبد المرتد للذي) فان المسلم اذا اُتلفه لا يضمن شيئا وان كان اعتقاد الذي ان العبد المرتد مال متقوم وهو ايضا في الحقيقة مقدس عليه للشافعي رحمه الله ووجه الجواب (انا ماضناهم ترك التعرض) للعبد المرتد للذي (لما فيه) أي في ترك التعرض (من الاستخفاف بالدين) بالترك والاعراض عنه واستشكل هذا التعليل بما اذا اُتلف على نصراني صليبا فانه يضمن قيمته صليبا وفي ترك التعرض استخفاف بالدين واجيب بان ذلك كفر أصلي فالنصراني مقرر على ذلك بخلاف الارتداد

بخلاف الميتة والدم لان احدا من اهل الاديان لا يدين بتولهما الا انه يجب قيمة الخمر وان كان من ذوات الامثال لان المسلم ممنوع عن تملكه لكونه اعزازا له بخلاف ما اذا جرت المباحة بين الذميين لان الذي غير ممنوع عن تملك الخمر وملكها وهذا بخلاف الربا لانه مستثنى عن عقودهم وبخلاف العبد المرتد يكون للذي لانا ماضناهم ترك التعرض لما فيه من الاستخفاف بالدين

امثالها مستثنى مما يدينون بدلائل ذكرت في موضعها كما ان الربا مستثنى من عقودهم بقوله عليه الصلاة والسلام الامن اري فلديس بيننا وبينه عهد على ما ساقى بيانه عن قريب قال صاحب العناية اخذ من النهاية ونوقض بما اذا مات المجوسى عن ابنتين احدهما امراته فانها لا تسحق بالزوجة شيئا من الميراث مع اعتقادهم صحة ذلك النكاح وصحة النكاح توجب تورث المرأة من زوجها في جميع الاديان اذ لم يوجد المانع ولم يوجد في ديانتهم ثم نتركهم وما يدينون واجيب باننا لانسلم انهم يعتقدون التورث بانسكحة المحارم فلا بد من بيان اه واعترض بعض الفضلاء على الجواب حيث قال فيه ان مراد الناقض انا اذا حكمنا بينهم على شرع الاسلام بطلبهم ذلك لانورثها اه (اقول) ليس فيما ذكره كبير حاصل اذ مراد الحبيب ايضا ان عدم تورثنا اياها اذا حكمنا بينهم على شرع الاسلام بطلبهم ذلك لعدم ثبوت اعتقادهم التورث بانسكحة المحارم نعم يعتقد المجوسى صحة نكاح المحارم وليس من ضرورة اعتقاد صحة النكاح اعتقاد استحقاق الميراث الا يرى ان الميراث يتمتع بالرق واختلاف الدين مع صحة النكاح وقد صرح به في التفصيل في النهاية وان اراد ذلك القائل انهم لو اعتقدوا التورث بانسكحة المحارم وطلبوا ذلك لم يحكم بينهم بذلك ايضا على شرع الاسلام فلا فائدة فيه لان ما يضمننا انما هو النقص بما هو امر واقع لا بما هو فرض محض * ثم اقول بقي ههنا كلام آخر وهو ان للسائل ان يورد النقض حينئذ يعلم مات عن زوجة كافرة فانها لا تسحق شيئا من الميراث عندنا لاختلاف الدينين مع ان وجوب تورث الزوجة من زوجها مقرر في جميع الاديان اذ لم يوجد مانع والظاهر ان الكفر ليس بمانع عن الارث في اعتقاد الكفرة ولم نتركهم وما يدينون هناك فتأمل في الجواب (قوله وهذا بخلاف الربا) متعلق بقوله لان الذي غير ممنوع عن تملك الخمر وملكها كذا قاله جماعة من الشراح وقال صاحب العناية بعد نقل ذلك والاولى ان يتعلق بقوله نحن امرنا ان نتركهم وما يدينون الخ لاتساق ما بعده من العطف حينئذ اه (اقول) تعلقه بما ذكره صاحب العناية غير ظاهر السداد لان كلمة هذا مع كونها بما ياتي ذلك جدا لا يستقيم ان يكون الربا من خلاف قوله نحن امرنا ان نتركهم وما يدينون لان الربا لما كان مستثنى من عقودهم وكان ذلك فسقامهم لا تدن لشبوت حرمة الربا في دينهم بقوله تعالى واخذهم الربا وقد نهوا عنه كما صرحوا به فاطبة حتى صاحب العناية نفسه لم يكن منعنا اياهم عن الربا بخلاف قوله نحن امرنا ان نتركهم وما يدينون كالا يخفى على ذي مسكة وعلى تقدير ان يكون قول المصنف وهذا بخلاف الربا متعلقا بقوله نحن امرنا ان نتركهم وما يدينون بغير المعنى وهذا أي قوله ونحن امرنا ان نتركهم وما يدينون ملتبس بخلاف الربا وليس هذا المعنى بسديد لعدم ملازمة الخلاف بينهما كما بينا آنفا وأما على تقدير ان يكون قوله وهذا بخلاف الربا متعلقا بقوله لان الذي غير ممنوع عن تملك الخمر وملكها كما ذهب اليه جماعة من الشراح في معنى غير المعنى وهذا أي عدم كون الذي ممنوعا عن تملك الخمر وملكها ملتبس بخلاف الربا لكونهم ممنوعين عن الربا ولا يخفى ان هذا المعنى سديد

(قوله قوله وهذا بخلاف

الربا متعلق بقوله لان الذي غير ممنوع عن تملك الخمر كذا قيل والاولى ان يتعلق بقوله نحن الخ) اقول بل الاولى ان يتعلق بقوله فيضمنه والاشارة الى ما ذكر من الخمر والخزير

(وقوله بخلاف متروك التسمية) يتعلق بقوله أمرنا أن نتركهم وما يدعون من غير أمرنا أن نترك أهل الذمة على ما اعتقدوه من الباطل وجب علينا أن نترك أهل الاجتهاد على ما اعتقدوه مع احتمال الصحة فيه بالطريق الاولى وحينئذ يجب أن نقول بوجوب الضمان على من أنلف متروك التسمية عامدا لانه مال متقوم في اعتقاد الشافعي رحمه الله ووجه الجواب ما قاله أن ولاية المحاجة ثابتة والدليل الدال على حرمة قائم فلم يعتبر اعتقادهم في إيجاب الضمان هذا ما قالوه ولقائل أن يقول لأنسلم أن ولاية المحاجة ثابتة لأن الدليل الدال على ترك المحاجة مع أهل الذمة (٤٠٠) دال على تركها مع المجتهدين بالطريق الاولى على ما قررتم والجواب أن

الدليل هو قوله صلى الله عليه وسلم أترككم وما يدينون وكان ذلك لعقد الذمة وهو منتف في حق المجتهدين قال (فان غصب من مسلم خيرا فخلها الخ) من غصب من مسلم خيرا فخلها أوجلد ميتة قد يغصبه فكل منهما على وجهين لأن التخليل أو الدباغ إما أن يكون بخلط شيء وبما له قيمة أو لا فان خلل بغير شيء بالنقل من الشمس الى الظل ومنه اليها أو ديبغ بالقرط بفتحين وهو ورق السلم والعفص ونحوهما فاما أن يكون الخلل والجلد باقيين أولا فان كانا باقيين أخذ المالك الخلل بلا شيء وأخذ الجلد ورد عليه ما زاد الدباغ فيه وطريق علمه أن ينظر الى قيمته ذكيا غير مدبوغ والى قيمته مدبوغا فيضمن فضل ما بينهما والغاصب ان يجبسه حتى يستوفي حقه كحق الحبس في الميسع والفرق بين المستثنين ما ذكره في

ويختلف متروك التسمية عامدا اذا كان لمن يبيعه لأن ولاية المحاجة ثابتة قال (فان غصب من مسلم خيرا فخلها أوجلد ميتة قد يغصبه فخلها الخ) والمراد بالفصل الاول اذا خلها بالنقل من الشمس الى الظل ومنه الى الشمس وبالفصل الثاني اذا ديبغه بما له قيمة كالقرط والعفص ونحو ذلك والفرق أن هذا التخليل تطهير له بمنزلة غسل الثوب التحسين فيبقى على ملكه اذ لا تنبت المالبية وبهذا الدباغ اتصل بالجلد مال متقوم للغاصب كالصبغ في الثوب فكان بمنزلة ما أخذ الخلل بغير شيء وبأخذ الجلد ويعطى ما زاد الدباغ فيه وبيانه أنه ينظر الى قيمته ذكيا غير مدبوغ والى قيمته مدبوغا فيضمن فضل ما بينهما والغاصب ان يجبسه حتى يستوفي حقه كحق الحبس في الميسع قال (وان استهلكهما ضمن الخلل ولم يضمن الجلد عند أبي حنيفة وقال يضمن الجلد مدبوغا ويعطى ما زاد الدباغ فيه)

وان كلمة هذا التي يشار بها الى القريب في محلها حينئذ وقال بعض الفضلاء بل الاولى أن يتعلق بقوله فيضمنه والاشارة الى ما ذكر من الخمر والخزير اه (أقول) هذا أقبح مما قاله صاحب العناية لانه ان كانت الاشارة بهذا الى الخمر والخزير بتأويل ما ذكر كإزعمه يصير المعنى وهذا أى ما ذكر من الخمر والخزير ملتبس بخلاف الرافق لا يبيح لتعلق قوله وهذا بخلاف الرافق بقوله فيضمنه معنى وان صير الى التقدير بأن يقال المراد بهذا بخلاف الرافق الضمان فيحصل نوع تعاقب بقوله فيضمنه فلا يكون سديدا أيضا لأن الضمان انما يتصور في الاتلاف ومسئلة الرافق بالامسار له بذلك تدبر تفهم (قوله وبخلاف متروك التسمية لمن يبيعه لأن ولاية المحاجة ثابتة) قال في العناية يعني لما أمرنا أن نترك أهل الذمة على ما اعتقدوه من الباطل وجب علينا أن نترك أهل الاجتهاد على ما اعتقدوه مع احتمال الصحة فيه بالطريق الاولى وحينئذ يجب أن نقول بوجوب الضمان على من أنلف متروك التسمية عامدا لانه مال متقوم في اعتقاد الشافعي ووجه الجواب ما قاله أن ولاية المحاجة ثابتة والدليل الدال على حرمة قائم فلم يعتبر اعتقادهم في إيجاب الضمان هذا ما قالوه ولقائل أن يقول لأنسلم أن ولاية المحاجة ثابتة لأن الدليل الدال على ترك المحاجة مع أهل الذمة دال على تركها مع المجتهدين بالطريق الاولى على ما قررتم والجواب أن ذلك بعقد الذمة وهو منتف في حق المجتهدين الى هذا لفظ العناية واعتراض بعض الفضلاء على الجواب المذكور في الآخر حيث قال فيه بحث فان القاضي ينفذ ما حكم به قاض آخر على خلاف مذهبه اه (أقول) هذا ساقط جدا أما أولا فلا لأن القاضي انما ينفذ ما حكم به قاض آخر اذا لم يكن ما حكم به مما يخالف الكتاب والسنة المشهورة والاجماع وأما اذا كان ما حكم به مما يخالف شيئا من هاتيك الثلاثة فلا يصح أن ينفذه القاضي أصلا كما صرحوا بذلك كله في كتاب القضاء ومثلا وما يخالف

الكتاب وهو غير وان لم يكونا باقيين فان استهلكهما الغاصب ضمن الخلل ولم يضمن الجلد عند أبي حنيفة رضى الله الكتاب عنه وقال يضمن الجلد مدبوغا ويعطى ما زاد الدباغ فيه

(قوله ولقائل أن يقول لأنسلم أن ولاية المحاجة ثابتة الخ) أقول الاولى استحلال متروك التسمية بخلاف النص الكتاب والنص مؤمن به فثبت ولاية المحاجة (قوله والجواب الى قوله وهو منتف في حق المجتهدين) أقول فيه بحث فان القاضي ينفذ ما حكم به قاض آخر على خلاف مذهبه

ولو هلك في يده لا يضمنه بالاجماع أما الخل فلانه لما بقي على ملك مالكه وهو مال متقوم ضمنه بالاتلاف ويجب مثله لان الخل من ذوات الامل مثال وأما الجلد فلهما أنه باق على ملك المالك حتى كان له أن يأخذه وهو مال متقوم فيضمنه مذبوحا بالاستهلاك ويعطيه المالك ما زاد الدباغ فيه كما اذا غصب ثوبا فصبغه ثم استهلكه يضمنه ويعطيه المالك ما زاد الصبغ فيه

الكتاب بالحكم يحمل متروك التسمية عامدا فانه مخالف لقوله تعالى ولاتأكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه والكلام ههنا في متروك التسمية عامدا فكيف يتصور فيه التنفيذ وأما ثانيا فلان حاصل الجواب المذكور أن عليه الامر بالتزك في قوله عليه الصلاة والسلام ان تركوه وما يدنيون هي عقد الذمة وهو منتف في حق المجتهدين فلا يتصور الحاق المجتهدين بأهل الذمة في ترك الحاجة لادلالة ولا قياسا ولا يخفى أن هذا يدفع السؤال بأن الدليل الدال على ترك الحاجة مع أهل الذمة دال على تركها مع المجتهدين بالطريق الاولى وان حديث تنفذ القاضي ما حكم به قاض آخر على خلاف مذهبه لا يقدح في دفع الجواب المذكور والسؤال المزبور بل هو كلام آخر معلوم وجهه في محله (قوله ولو هلك في يده لا يضمن بالاجماع) قال صاحب العناية والجمع عليه لا يحتاج الى دليل لان دليله الاجماع فلهذا لم يذكره المصنف اه (أقول) هذا ليس بسديد لان الذي لا يحتاج الى دليل ما أجمع عليه الامة بالاجماع الذي هو أحد الأدلة الاربعة الشرعية فان الاجماع عليه بالمعنى المذكور يكتفي لدليلا عليه والظاهر أن مراد المصنف بالاجماع ههنا هو اجماع أئمتنا الثلاثة الذين وقع الخلاف بين أعظمهم وبين صاحبيه فيما ذكر آنفا من مسألة الاستهلاك لا اجماع الامة الذي هو من الأدلة لان هذا الاجماع انما يتحقق باتفاق جميع المجتهدين الموجودين في عصر من أمة محمد صلى الله عليه وسلم على حكم شرعي وهو غير ثابت فيما نحن فيه وكيف وقد قال في معراج الدراية ههنا وعند الأئمة الثلاثة يعني مالك والشافعي وأجلدوا تخللت الخربة بنفسها وهلك في يد الغاصب يضمن وأما اذا تخللت بفعل الغاصب لا يضمن وفي الجدل المدبوغ على قول لا يلزمه رده ولا يضمن وفي قول وجب رده ويضمن اه فظهر منه مخالفة هؤلاء الأئمة الثلاثة لا تمتنا في بعض صور الهلاك فيما نحن فيه مع أن مالكا من معاصري أبي حنيفة والشافعي من معاصري محمد فلم يتحقق اجماع الامة في ردهم على عدم الضمان في بعض صور هذه المسئلة قطعا ولم ينقل اجماع أمة أخرى من قبل فلم يمكن حمل الاجماع للذكور على اجماع الامة كما لا يخفى وقال صاحب النهاية ههنا ولم يذكر الدليل لقوله ولو هلك في يده لا يضمن بالاجماع لان دليله ظاهر وهو أنه لو ضمن لا يخلو إما أن يضمن قيمته يوم الغصب أو يوم الهلاك ولا وجه لضمان قيمته يوم الغصب لانه لم يكن لكل واحد من الخمر وجلد الميتة قيمة يوم الغصب ولا وجه لضمان قيمته يوم الهلاك أيضا لانه لم يوجد منه فعل في هلاكه والضمان لا يجب الا بفعل موصوف بالتعدي اه كلامه (أقول) ظهوره في الدليل المفصل الدائر على التعدي غير مسلم ولو سلم فكونه أظهر من سائر الأدلة التي ذكرها سائر المسائل سيما دلائل وجوب الضمان في استهلاك الخل ممنوع ولو سلم فليس من دأب المصنف ترك ذكر الدليل بالكلية في شيء من المسائل * ثم أقول لعل وجه عدم ذكر المصنف دليل هذه المسئلة ههنا انه فهمه مما ذكره في دليل مسألة الاستهلاك يرشدك اليه قطعاقوله في أثناء ذلك وجه هذا فارق الهلاك بنفسه تبصر ترشد (قوله كما اذا غصب ثوبا فصبغه ثم استهلكه يضمنه ويعطيه المالك ما زاد الصبغ فيه) قال صاحب العناية وفيه نظر لان نفس الغصب في هذه الصورة يوجب الضمان بخلاف المتنازع فيه اه (أقول) هذا النظر ساقط حدا اذا ناسلأ ولأن نفس الغصب في هذه الصورة يوجب الضمان فان نفس الغصب انما يوجب رد العين على ما عرف في صدر كتاب الغصب وانما يجب ضمان المثل أو القيمة بالهلاك أو الاستهلاك ولئن سلم ذلك فكون

وان هلكا في يده فلا ضمان عليه بالاجماع والجمع عليه لا يحتاج الى دليل لان دليله الاجماع فلهذا لم يذكره المصنف والبيضة على ذلك أنه ان ضمن فلا وجه لضمان قيمته يوم الغصب حيث لم يكن له قيمة يومئذ ولا ضمان قيمته يوم الهلاك لانه لا يجب الا بفعل موصوف بالتعدي والقرض عدمه (وقوله أما الخل) دليل صورة الاستهلاك وهو ظاهر (وأما الجلد فلهما أنه باق على ملك المالك حتى كان له أن يأخذه) قال القدوري يعني اذا غصب الجلد من منزله فأما اذا ألقاه صاحبه في الطريق فأخذه رجل فدبغه فليس للمالك أن يأخذه وعن أبي يوسف رجه الله أنه أن يأخذه في هذه الصورة أيضا واذا كان باقيا على ملكه (وهو مال متقوم) وقد استهلكه (يضمنه ويعطيه المالك ما زاد الدباغ فيه كما اذا غصب ثوبا فصبغه ثم استهلكه يضمنه ويعطيه المالك ما زاد الصبغ فيه) وفيه نظر لان نفس الغصب في هذه الصورة يوجب الضمان بخلاف المتنازع فيه

(قوله ولانه واجب الرد) دليل آخر وتقريره أن الجلد لو كان قائما واجب على الغاصب رده فاذا قوت الرد خلفه قيمته كافي المستعار
يضمن بالاستهلاك لا الهلاك وبهذا فارق الهلاك بنفسه لانه لا تقويت منه هناك قال الامام فخر الاسلام رحمه الله وغيره في شرح
الجامع الصغير قولهما يعطى (٤٠٣) ما زاد الدباغ فيه محمول على اختلاف الجنس يعني أن القاضي قوم الجلد بالدرهم

ولانه واجب الرد فاذا قوته عليه خلفه قيمته كافي المستعار وبهذا فارق الهلاك بنفسه وقولهما
يعطى ما زاد الدباغ فيه محمول على اختلاف الجنس أما عند اتحاده في طرح عنه ذلك القدر ويؤخذ
منه الباقي لعدم الفائدة في الاخذ منه ثم في الرد عليه وله أن تقوم حصل بصنع الغاصب وصنعه
متقومة لاستعماله ما لا متقوما فيه ولهذا كان له أن يحبس حتى يستوفي ما زاد الدباغ فيه فكان حقه
والجلد تسع له في حق التقوم ثم الاصل وهو الصنعة غير مضمون عليه فكذا التابع كما اذا هلك من
غير صنعه بخلاف وجوب الرد حال قيامه لانه يتبع الملك والجلد غير تابع للصنعة في حق الملك لثبوته
قبلها وان لم يكن متقوما بخلاف الذكي والثوب لان التقوم فيهما كان تابعا قبل الدباغ والصبيغ فلم
يكن تابعا للصنعة

نفس الغصب سببا للضمان لا ينافي كون الاستهلاك أيضا سببا له ومقصود المصنف قياس المتنازع
فيه على تلك الصورة في كون التعدي بالاستهلاك سببا للضمان المتعدي ما استهلكه واعطاه المالك ما زاده
الصنعة وهذا المعنى متحد بين المقيس والمقيس عليه غاية الأمر أن في جانب المقيس عليه سببا آخر
للضمان وهذا لا ينافي صحة القياس عليه في السبب المشترك وقد أشار إليه صاحب النهاية حيث قال
في حل هذا المحل ان الاستهلاك جنائية موجبة للضمان في محل هو مال متقوم وقد وجد ذلك لما بقي الجلد
على ملك صاحبه بعد ما صار ما لا متقوما كافي الثوب الآن هناك السبب الاول وهو الغصب موجب
للضمان أيضا فله أن يضمه بأي السببين شاء وهما السبب الاول وهو الغصب غير موجب للضمان
فتعين التضمن بالسبب الثاني فكان هو في السبب كغيره ولو استهلكه غيره كان للغصب منه أن يضمن
المستهلك ويعطى الغاصب ما زاد الدباغ فيه الى هنا كلامه (قوله ثم الاصل وهو الصنعة غير مضمون
عليه فكذا التابع كما اذا هلك من غير صنعه) قال صاحب العناية في شرح قوله كما اذا هلك من غير
صنعه فان عدم الضمان هناك باعتبار أن الاصل وهو الصنعة غير مضمون فكذلك الجلد والا فالغصب
موجب للضمان في الهلاك والاستهلاك اه كلامه واقتضى أثره الشارح الغني (أقول) فيه نظر
اذ لا شك أن عدم الضمان في صورة الهلاك من غير صنعه لا يجب أن يكون باعتبار أن الاصل وهو
الصنعة غير مضمون فكذلك الجلد كما يقتضيه قول الشارحين المزبورين والا فالغصب موجب للضمان
في الهلاك والاستهلاك بل الظاهر أن عدم الضمان هناك باعتبار عدم تحقق فعل موصوف بالتعدي
هناك كحقيقته في صورة الاستهلاك على ما أشار إليه صاحب النهاية وصاحب العناية أيضا في تعليل
تلك المسئلة فيما مر وكون الغصب موجبا للضمان في كل من صورتي الهلاك والاستهلاك انما هو عند
تحقق الغصب الشرعي وفيما نحن فيه لم يتحقق ذلك لان كون المأخوذ ما لا متقوما معتبر في حقيقة
الغصب الشرعي كما تقر في صدر الكتاب وجلد الميتة ليس بمال متقوم قبل الدباغ وقطعا وانما يصير
متقوما بالدباغ وكلامنا فيما اذا غصب جلد الميتة فدينه مخير الاخذ لم يتحقق الغصب الشرعي الموجب
للضمان فيما نحن فيه بل لا ريب ويؤيد ما قلنا ان انجر المخالفة بنفسه أيضا غير مضمونة في صورة الهلاك
بالاجاع كما مر وليس فيها صنعة متقومة يتبعها تقومها فلو كان مجرد الغصب وهو الاخذ جبرا بدون

الجامع الصغير قولهما يعطى
والدباغ بالدنانير فيضمن
الغاصب القيمة وياخذ
ما زاد الدباغ أما اذا قومهما
بالدرهم أو بالدنانير في طرح
عنه ذلك القدر ويؤخذ منه
الباقي لعدم الفائدة في الاخذ
منه ثم في الرد عليه ولا ي
حقيقة رحمه الله لا نسلم أن
الجلد مال متقوم بانه نفسه
وانما حصل له التقوم بصنعة
الغاصب وصنعه متقومة
لاستعماله ما لا متقوما فيه
ولهذا كان له أن يحبس حتى
يستوفي ما زاد الدباغ فكان
التقوم حقا للغاصب وكان
الجلد تابعا للصنعة الغاصب
في حق التقوم ثم الاصل وهو
الصنعة غير مضمون عليه
فكذا التابع لا يلزم مخالفة
التبع أصله كما اذا هلك من
غير صنعة فان عدم الضمان
هناك باعتبار أن الاصل
وهو الصنعة غير مضمون
فكذلك الجلد والا فالغصب
موجب للضمان في الهلاك
والاستهلاك (قوله بخلاف
الرداخ) جواب عن قولهما
ولانه واجب الرد وتقريره
أن وجوب الرد حال قيامه
لانه يتبع الملك والجلد غير
تابع للصنعة في حق الملك
لثبوته قبلها وان لم يكن متقوما

والحاصل أن الضمان يعتمد التقوم والاصل فيه الصنعة وهي غير مضمونة
فكذا ما يتبعها او الرد يعتمد الملك والجلد فيه أصل لا تابع فوجب رده وتبعه الصنعة وقوله (بخلاف الذكي والثوب) جواب عن قولهما
كما اذا غصب ثوبا وأقسم الذكي استظهارا لان التقوم فيه ما أي في الذكي والثوب كان تابعا قبل الدفع والصبيغ فلم يكن تابعا للصنعة
والتقوم بوجوب الضمان

ولو كان قائماً فأراد المالك أن يتركه على الغاصب في هذا الوجه ويضمنه قيمته قبل ليس له ذلك لان
 الجلد لا قيمة له بخلاف صبغ الثوب لان له قيمة وقيل ليس له ذلك عند أبي حنيفة وعندهما له ذلك
 لانه اذا تركه عليه وضمنه بغير الغاصب عن رده فصار كالاستهلاك وهو على هذا الخلاف على ما بيناه
 تحقق الغصب الشرعي موجب للضمان في الهلاك والاستهلاك أو كان مجرد حصول التقويم للأخذ
 بعد الاخذ كذا في تحقق الغصب الشرعي لوجب الضمان في صورة هلاك الخمر المتخلطة بنفسها في يد
 الآخذ جبرامع أنه خلاف ما عليه الاجماع * ثم أقول لما ظهر بما بيناه أن كون مراد المصنف بقوله كما اذا
 هلك من غير صنعه ما ذكره الشارحان المزبوران مما يليق بقدره الجليل وان كان في ظاهر لفظه مساعدة
 لذلك كان حقا علينا أن نحمل كلامه على خلاف ذلك فنقول يجوز أن يكون مراده بقوله كما اذا هلك
 من غير صنعه هو التشبيه والتنظير في مجرد عدم وجوب الضمان وان كان السبب مختلفا في الصورتين
 ويجوز أن يكون مراده بقوله المذكور هو القياس على تلك الصورة في خصوص السبب وهو كون
 الأصل الذي هو الصنعة غير مضمون فكذا التابع لكن من حيث جواز أن يكون هذا السبب سببا
 أيضا في صورة هلاك المدبوغ في يده من غير صنعه لامن حيث وجوب أن يكون هذا السبب هو السبب
 في تلك الصورة كما يقتضيه قوله ما والا فالغصب موجب للضمان في الهلاك والاستهلاك فانه اذا لم
 يجب أن يكون هذا السبب هو السبب لعدم الضمان في صورة الهلاك بل جاز أن يكون له فيها سبب
 آخر وهو عدم تحقق فعل موصوف بالتعدي كما مر بيانه لم يجب الضمان هناك بانتفاء هذا السبب
 لان انتفاء أحد السببين المستقلين لا يوجب انتفاء المسبب فيلزم أن لا يصح قوله ما والا فالغصب
 موجب للضمان في الهلاك والاستهلاك تأمل تقف (قوله ولو كان قائماً فأراد المالك أن يتركه
 على الغاصب في هذا الوجه ويضمنه قيمته قبل ليس له ذلك لان الجلد لا قيمة له بخلاف صبغ الثوب لان له
 قيمة) قال الشراح في تفسير قوله قبل ليس له ذلك أي مطلقا بخلاف ويقتضي هذا التفسير مقابلة
 قوله وقيل ليس له ذلك عند أبي حنيفة وعندهما له ذلك كما لا يخفى (أقول) تعليل هذا القول الاتفاق
 بقوله لان الجلد لا قيمة له بخلاف صبغ الثوب لان له قيمة مشكل عندى فانه لا يتمشى على أصل
 الامامين اذ قد مر أن أصلهما أن الجلد باق على ملك المالك وهو مال متقوم فيضمنه مدونة بالاستهلاك
 ويعطيه المالك ما زاد الدباغ فيه كما اذا غصب ثوبا فصبغه ثم استهلكه فيضمنه ويعطيه المالك ما زاد
 الصبغ فيه والتعليل المذكور ههنا صريح في خلاف ذلك كما ترى لا يقال المراد ههنا أن الجلد
 لا قيمة له وقت الغصب بخلاف الثوب فان له قيمة وقتئذ والمراد بما مر أن الجلد مال متقوم بعد الدباغ
 فصار كالثوب بعده فلا منافاة لانا نقول الكلام فيما اذا أراد المالك أن يتركه على الغاصب ويضمنه
 قيمته بعد أن صار مالاً متقوماً بالدباغ كما أشار إليه المصنف بقوله في هذا الوجه فلا وجه لتعليل ما قبل
 ليس له ذلك بخلاف أن الجلد لا قيمة له وقت الغصب بخلاف الثوب فان عدم تقويم جلد الميتة وقت
 الغصب لا ينافي عندهما كونه مضمونا على الغاصب بعد أن صار مالاً متقوماً بالدباغ وهذا يجب عليه
 الضمان عندهما بالاستهلاك في هذه الصورة بناء على كونه مالاً متقوماً بالدباغ باقيا على ملك المالك
 كما مر على أنه لو كان المراد ههنا أن الجلد لا قيمة له وقت الغصب لقال المصنف بخلاف الثوب دون أن
 يقول بخلاف صبغ الثوب لان الصبغ في الثوب باق في الجلد تأمل (قوله لانه اذا تركه عليه
 وضمنه بغير الغاصب عن رده فصار كالاستهلاك وهو على هذا الخلاف على ما بيناه) قال صاحب
 العناية وفيه نظر لان العجز في الاستهلاك لا مر من جهة الغاصب وفيما تركه وضمنه القيمة من جهة المالك
 ولا يلزم من جواز التضمين في صورة تعدي فيها الغاصب جوازه فيما ليس كذلك اهـ (أقول) يمكن
 أن يجاب عن هذا النظر بأن العجز في الاستهلاك لما كان لا مر من جهة الغاصب اذ العجز فيما تركه

(ولو كان) الجلد (فأما فأراد
 المالك أن يتركه على
 الغاصب في هذا الوجه) أى
 الذى كان الدباغ فيه بشئ
 متقوم (ويضمنه قيمته قبل
 ليس له ذلك) بخلاف (لان
 الجلد لا قيمة له بخلاف صبغ
 الثوب لان له قيمة وقيل
 ليس له ذلك عند أبي حنيفة
 رحمه الله وعندهما له ذلك)
 وقوله (لانه اذا تركه) دليل
 أن في المسئلة خلافا لدليل
 المخالفين ووجه ذلك أنه اذا
 ترك الجلد على الغاصب
 وضمنه بغير الغاصب عن
 رده فصار كالاستهلاك
 وهو أى الاستهلاك على
 هذا الخلاف على ما بيناه
 آنفا وفيه نظر لان العجز في
 الاستهلاك لا مر من جهة
 الغاصب وفيما تركه وضمنه
 القيمة من جهة المالك ولا
 يلزم من جواز التضمين في
 صورة تعدي فيها الغاصب
 جوازه فيما ليس كذلك

ثم اختلف في كيفية الضمان على قولهم ما قيل بضمنه قيمة جلد مدبوغ و يعطيه ما زاد الدباغ فيه كافي صورة الاستهلاك وقيل قيمة جلد ذكي غير مدبوغ هذا اذا دبرغ بماله قيمة وخلل بغير خلط شئ أما اذا دبرغ بمال القيمة له كالتراب والشمس فهو لصاحبه بلا شئ لانه بمنزلة غسل الثوب وهو لا يزيل ملك المالك ولو استهلكه الغاصب ضمن قيمته في قولهم جميعا لانه صار مالا على مالك صاحبه ولا حق للغاصب فيه فكانت المبالية والتقوم جميعا حتى المالك فيضمن بالاستهلاك واختلفوا في كيفية الضمان فقيل ضمن قيمته مدبوغا وقيل طاهرا غير مدبوغ وقد ذكر وجه القولين في الكتاب وهو ظاهر واذا خلل الخمر بالقاء الملح فيه قال المشايخ رجحهم الله ما راخ للخل ملكا للغاصب ولا شئ عليه عند أبي حنيفة (٤٠٤) رجح الله وعندهما أخذه المالك وأعطى ما زاد الملح فيه كافي دباغ الجلد وقوله

(قالوا) يشير الى أن غمه قولا آخر وهو ما قيل ان هذا والاول سواء لان الملح صار مستهلكا فيه فلا يعتبر وباقي كلامه ظاهر سوى ألفاظ يشير اليها قوله (فهو على ما قيل وقيل) بتكرير قيل إشارة الى القولين المذكورين في دبرغ الجلد وهو ما ذكره بقوله ولو كان قائما فأراد المالك الى أن قال قيل ليس له ذلك وقيل ليس له ذلك عند أبي حنيفة رضي الله عنه وقوله (وهو على أصله ليس باستهلاك) أي أصل محمد رحمه الله فان أصله وهو قول أبي يوسف رحمه الله أيضا أن خلط الشئ بجنسه ليس باستهلاك عندهما وحينئذ كان الخل مشتركا بينهما فإذا تلفه فقد تلف حق نفسه وغيره فيضمن خلا مثل خل المصوب منه وقوله (هو للغاصب في الوجهين) يعني ما اذا صارت خلا من ساعته

ثم قيل بضمنه قيمة جلد مدبوغ و يعطيه ما زاد الدباغ فيه كافي الاستهلاك وقيل بضمنه قيمة جلد ذكي غير مدبوغ ولو دبرغ بمال القيمة له كالتراب والشمس فهو لصاحبه بلا شئ لانه بمنزلة غسل الثوب ولو استهلكه الغاصب بضمن قيمته مدبوغا وقيل طاهرا غير مدبوغ لان وصف الدباغة هو الذي حصله فلا يضمنه وجه الاول وعليه الاكثرون أن صفة الدباغة تابعة للجلد فلا تفرد عنه واذا صار الاصل مضمونا عليه فكذا صفته ولو خلل الخمر بالقاء الملح فيه قالوا عند أبي حنيفة صار ملكا للغاصب ولا شئ عليه وعندهما أخذه المالك وأعطى ما زاد الملح فيه بمنزلة دبرغ الجلد ومعناه ههنا أن يعطى مثل وزن الملح من الخل وان أراد المالك تر كماله وتضمنه فهو على ما قيل وقيل في دبرغ الجلد ولو استهلكها لا يضمنها عند أبي حنيفة خلا فاهما كافي دبرغ الجلد ولو خللها بالقاء الملح فيها فعن محمد أنه ان صار خلا من ساعته يصير ملكا للغاصب ولا شئ عليه لانه استهلاك وهو غير متقوم وان لم تصر خلا الا بعد زمان بأن كان الملقى فيه خلا قليلا فهو بينهما على قدر كيله ما لان خلط الخل بالخل في التقدير وهو على أصله ليس باستهلاك وعند أبي حنيفة هو للغاصب في الوجهين ولا شئ عليه لان نفس الخلط استهلاك عنده ولا ضمان في الاستهلاك لانه تلف ملك نفسه وعند محمد لا يضمن بالاستهلاك في الوجه الاول لما بناه ويضمن في الوجه الثاني لانه تلف ملك غيره وبعض المشايخ أجروا جواب الكتاب على إطلاقه أن للمالك أن يأخذ الخل في الوجوه كلها بغير شئ لان الملقى فيه يصير مستهلكا في الخمر فلم يبق متقوما وقد كثر فيه أقوال المشايخ وقد أبتناها في كفاية المنتهى

المالك على الغاصب وضمنه القيمة كان الامر من جهة الغاصب فان المالك اغتار به كطامة وضمنه القيمة بسبب أن الغاصب زاد عليه ماله قيمة فوجب على المالك على تقدير أخذه اعطاه ما يقابل ذلك الزائد وهو لا يقدر على اعطائه ولا يملكه ذلك فكان السبب الاصلى لعجز الغاصب عن رده فعل نفسه الا يرى أنه لو دبرغ بمال القيمة له وكان هو لصاحبه بلا شئ كما يجب لم يكن للمالك تر كماله وتضمنه القيمة عند أحد أصلا (قوله ثم قيل بضمنه قيمة جلد مدبوغ و يعطيه ما زاد الدباغ فيه كافي الاستهلاك وقيل بضمنه قيمة جلد ذكي غير مدبوغ) يعني اختلف المشايخ في كيفية التضمن على قولهم ما قيل بعضهم بضمنه قيمة جلد ذكي مدبوغ و يعطيه ما زاد الدباغ فيه كافي صورة الاستهلاك وقال بعضهم بضمنه قيمة جلد ذكي غير مدبوغ كذا في الشروح (أقول) ثمة هذا الاختلاف غير ظاهرة عندى فان قيمة جلد مدبوغ بعد أن يطرح عنها قدر ما زاد الدباغ فيه هي قيمة جلد ذكي غير مدبوغ بعينها ان قد قال المصنف فيما مر

أو بعد زمان وقوله (أجروا جواب الكتاب) يعني الجامع الصغير وهو قوله لصاحب الخمر أن يأخذ الخل بغير شئ ومعناه أن بعضهم جاوره على الوجه الاول وهو التخليل بغير شئ كما تقدم وبعضهم أجروه على إطلاقه وقالوا للمالك أن يأخذ الخل في الوجوه كلها وهي التخليل بغير شئ والتخليل بالقاء الملح والتخليل بصب الخل فيها لان الملقى فيه يصير مستهلكا في الخمر فلم يبق متقوما

قال المصنف (وعندهما أخذه المالك) أقول قال صاحب التسهيل يشكل هذا بما مر من أصلهم وهو أنه اذا غيره بفعله حتى زال اسمه ومعظم منافعه يملكه فيتعين الضمان والخل كذلك زال اسم الخمر ومعظم ما يقصده من الأغراض بفعله وهو القاء الملح ونحوه فيمنعني أن يأخذه ويمكن أن يقال كأنه تخلل بنفسه لان في طبيعته أن يتخلل بنفسه والملح أمر هالك لا يستتبع بخلاف الخل انتهى ويمكن أن يتعلق ببقاء صورته وعدم زوال منافعه فان منافعها الغير المشروعة كالمنافع

قال (ومن كسر لمسلم بربطا أو طبلا أو من مارا أو دفا أو أراق له سكرًا أو منصفاهم وضامن ويبيع هذه الاشياء جائز) وهذا عند أبي حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد لا يضمن ولا يجوز بيعها وقيل الاختلاف في الدف والطبل الذي يضرب للهو فأطبل الغزاة والدف الذي يباح ضربه في العرس يضمن بالاتلاف من غير خلاف وقيل الفتوى في الضمان على قولهما والسكر اسم لشيء من ماء الرطب إذا اشتد والمنصف ما ذهب نصفه بالطبخ وفي المطبوخ أدنى طبخة وهو الباذق عن أبي حنيفة رواه ابنان في التضمن والبيع لهما أن هذه الاشياء أعدت للعصية فبطلت تقويمها كالتحرول لأنه فعل ما فعل أمر بالمعروف وهو بأمر الشرع فلا يضمنه كما إذا فعل باذن الامام ولا يضمن حنيفة أنها أموال لصلاحيتها لما يحل من وجوه الانتفاع وان صلحت لما لا يحل فصار كالامة المغنية وهذا لان الفساد بفعل فاعل مختار فلا يوجب سقوط التقويم وجواز البيع والتضمن مرتبان على المالبسة والتقوم والامر بالمعروف بالسداد الى الامراء لقد رتبهم وباللسان الى غيرهم وتجب قيمته غير صالحة للهو كافي الجارية المغنية والكبش النطوح والحمامة الطيارة والديك المقاتل والعبد الخصى تجب القيمة غير صالحة لهذه الامور كذا هو في السكر والمنصف تجب قيمتهما ولا يجب المثل لان المسلم ممنوع عن تلك عينه وان كان لو فعل جازوه هذا بخلاف ما إذا أنلف على نصراني صليبا حيث يضمن قيمته صليبا لانه مقرر على ذلك قال (ومن غصب أم ولد أو مدبرة غنات في يده ضمن قيمة المدبرة ولا يضمن قيمة أم الولد) عند أبي حنيفة وقال يضمن قيمتهما لان مال المدبرة متقومة بالاتفاق ومالية أم الولد غير متقومة عنده وعندها متقومة والدلائل ذكرناها في كتاب العتاق من هذا الكتاب

كتاب الشفعة

في بيان أخذ الجلد واعطاه ما زاد الدباغ فيه انه ينظر الى قيمته ذكيا غير مدبوغ والى قيمته مدبوغا فيضمن ما بينهما وما وذلك صريح في أن ما بقي من قيمة جلد مدبوغ بعد اعطائه ما زاد الدباغ فيه هو قيمة جلد ذكي بعينها فانما فائدة الاختلاف المذكور والمال واحد والله تعالى أعلم وأحكم

كتاب الشفعة

وجه مناسبة الشفعة بالغصب تلك الانسان مال غيره بلارضاه في كل منهما والحق تقديمها عليه لكونها مشروعة دونة لكن توفر الحاجة الى معرفته للاختراز عنه مع كثرته بكثره أسبابه من الاستحقاق في البيعات والاشربة والاجارات والشركات والمزارعات أوجب تقديمه كذا في العناية وكثير من الشروح (أقول) لا يذهب عليك أن الوجوه الموجبة لترتيب الكتب السابقة على النمط المتقدم كإمرا بيمانها قد ساقته ذكر كتاب الشفعة الى هنا فلا حاجة الى الاعتذار عن تقديم الغصب على الشفعة بقوله لكن توفر الحاجة الى معرفته الخ فلا وجه لقوله والحق تقديمها عليه الخ عند ملاحظة تلك الوجوه الموجبة لترتيب الكتب السابقة على النمط المتقدم كالايجز على ذي فطرة سليمة قال بعض الفضلاء بعد أن تنبه لبعض ما قلناه ثم يمكن أن يقال في وجه التقديم ان الغصب يعم العقار والمنقول بخلاف الشفعة والاعم يستحق التقديم اهـ (أقول) ليس هذا بسد بابا للغصب لايتم العقار عند أبي حنيفة وأبي يوسف حينئذ بل الغصب عندهما انما يتصور في المنقول دون العقار كما مر في أوائل كتاب الغصب مفصلا ومشروحا وانما يتأني عموم الغصب للعقار والمنقول على أصل محمد والشافعي كما مر أيضا ثم ولا وجه لبناء وجه التقديم على خلاف ما ذهب اليه امامنا الا عظم وأماننا الثاني اذ لو كفي مجرد كون العموم محل اجتهدا بمجتهد لم يتم قوله بخلاف الشفعة فان الشفعة أيضا تعم العقار والمنقول عند مالك فانها واجبة في السفن أيضا عندنا على ما صرحوا به وساقى في الكتاب ثم ان من محاسن الشفعة دفع ضرر

قال (ومن كسر لمسلم بربطا أو طبلا) قال في الجامع الصغير ومن كسر لمسلم بربطا وهو آلة من آلات الطرب والطبل والمزمار والدف معروفة وقسوله (أهراق له سكرًا) أي صبه يقال فيه هراق يهريق بتحرريك الهاء وأهراق يهريق بسكونها والهاء في الاول بدل عن الهمزة وفي الثاني زائدة وكلامه الى آخره ظاهر لا يحتاج الى شرح والله أعلم بالصواب

كتاب الشفعة

وجه مناسبة الشفعة بالغصب تلك الانسان مال غيره بلارضاه في كل منهما والحق تقديمها عليه لكونها مشروعة دونة

قال المصنف (لان المسلم ممنوع عن تلك عينه) أقول لعل المراد بالمنع هو الكراهة والله أعلم

* (كتاب الشفعة) *

لكن لو فر الحاجة الى معرفته للاحتراز عنه مع كثرته بكثرة أسبابه من الاستحقاق في البياعات والاشربة والاجارات والشركات والزراعات
أوجب تقديمها وسببها اتصال ملك الشفع بملك المشتري وشرطها كون المبيع عقارا وهي مشتقة من الشفع وهو المضم سميت
بهم لما فيها من ضم المشتراة الى عقار الشفع وفي الشريعة عبارة عن تلك المربة ما اتصل بعقار من العقار على المشتري بشركة أو جوار
قال (الشفعة واجبة للخليط الخ) (٤٠٦) الشفعة واجبة أي ثابتة للخليط في نفس المبيع أي للشرىك ثم للخليط في حقه كالشرب

والطريق ثم الجار يعني
الملاصق قال المصنف رحمه
الله (أفادهذا اللفظ ثبوت
حق الشفعة لكل واحد
من هؤلاء وأفاد الترتيب

الشفعة مشتقة من الشفع وهو المضم سميت بهما لما فيها من ضم المشتراة الى عقار الشفع قال (الشفعة
واجبة للخليط في نفس المبيع ثم للخليط في حق المبيع كالشرب والطريق ثم الجار) أفادهذا اللفظ
ثبوت حق الشفعة لكل واحد من هؤلاء وأفاد الترتيب

الجوار وهو مادة المضار قال الله تعالى وما جعل عليكم في الدين من حرج وقال النبي صلى الله عليه وسلم
لا ضرر ولا ضرار في الاسلام ولا شك لاحد في حسن دفع ضرر التأذي بسبب سوء المجاورة على الدوام وقد
جاء في تفسير قوله تعالى لا عذبه عذابا شديدا أي لا لزمنه محبة الاضداد كذا في النهاية ومعراج الدراية
ثم ان الشفعة في اللغة مأخوذة من الشفع وهو المضم سميت بهما لما فيها من ضم المشتراة الى ملك الشفع
ومنه شفاعه رسول الله صلى الله عليه وسلم للذنبين لانه يضمهم بهما الى الطاهرين وفي الشريعة هي تلك
البقعة جبر على المشتري بما قام عليه كذا في عامة الشروح والمتون الا أنه وقع في بعضها اتكالم العقار
بدل تلك البقعة وصرح في بعض الشروح بزيادة قيد في آخر التعريف وهو قوله بشركة أو جوار وترك
ذكره في الاكثر بناء على ظهوره (أقول) في الكل اشكال وهو أنه ان كانت حقيقة الشفعة
في الشريعة هي التملك المذكور في عامة الكتب يلزم أن لا يصح ما تقر عندهم وسيجيء في الكتاب
من أن الشفعة تجب أي تثبت بعقد البيع وتستقر بالاشهاد وتلك بالاخذ اذا سلمها المشتري
أو حكم بها كما لان ذلك صريح في أن تحقق التملك في الشفعة عند أخذ البقعة المشفوعة بالتراضي
أو قضاء القاضي فان كانت حقيقة الشفعة في الشريعة نفس ذلك التملك لزم أن لا يكون لقوله -م
الشفعة تثبت بعقد البيع وتستقر بالاشهاد صفة اذا ثبت والاستقرار لا يتصور بدون التحقق وحين
عقد البيع والاشهاد لم يوجد الاخذ بالتراضي ولا قضاء القاضي لاحالة فلم يوجد التملك أيضا فعلى تقدير
أن تكون الشفعة نفس ذلك التملك كيف يتصور ثبوتها بعقد البيع واستقرارها بالاشهاد وأيضاً قد
صرحوا بأن حكم الشفعة جواز طلب الشفعة وثبوت الملك بالقضاء أو الرضا فلا كانت الشفعة نفس
التملك لما صلح شيء من جواز طلب الشفعة وثبوت الملك لأن يكون حكماً للشفعة أما الاول فلا نه لاشك
أن المقصود من طلب الشفعة انما هو الوصول الى تلك البقعة المشفوعة وعند حصول تملكها الذي هو
الشفعة على الفرض المذكور لا يبقى مجال جواز طلب الشفعة ضرورة بطلان طلب الحاصل وحكم
الشيء بقارن ذلك الشيء أو يعقبه ولا يتقدم عليه فلم يصلح جواز طلب الشفعة لأن يكون حكماً للشفعة
على تقدير أن تكون الشفعة نفس التملك وأما الثاني فلا لأن ثبوت الملك هو عين التملك في المعنى وحكم
الشيء ما يغيره و يترتب عليه فلم يصلح ثبوت الملك أيضا لان يكون حكماً للشفعة على تقدير كون الشفعة
نفس التملك فالأظهر عندى في تعريف الشفعة في الشريعة ما ذكره صاحب غاية البيان حيث قال
ثم الشفعة عبارة عن حق التملك في العقار لا دفع ضرر الجوار اه فانه اذا كانت حقيقة الشفعة
في الشريعة مجرد حق التملك دون حقيقة التملك سندفع الاشكال الذي ذكرناه بحذفه ويظهر ذلك
بالتأمل الصادق ولعل مراد عامة العلماء أيضا ذلك ولكنهم تسامحوا في العبارة ثم ان سبب الشفعة عند

(قوله لكن لو فر الحاجة الى
معرفته للاحتراز عنه مع
كثرته الخ) أقول لكن
ما ذكر في بيان وجه تأخير
العصب عن المأذون يعني
عن بيان سبب تقديم العصب
على الشفعة ثم يمكن أن يقال
في وجه التقديم أن العصب
يم العقار والمنقول بخلاف
الشفعة والاعم يستحق
التقديم (قوله من الاستحقاق
في البياعات والاشربة الخ)
أقول فيه بحث الا أن يقال
كلمة من التعليل (قوله أوجب
تقديمها) أقول الظاهر تقديمه
قال المصنف (الشفعة مشتقة
من الشفع) أقول يقال
شفعت كذا بكذا اذا جعلته
شفعة (قوله وفي الشريعة
عبارة) أقول قال الاتقاني
الشفعة عبارة عن حق
التملك في العقار لا دفع ضرر
الجوار انتهى ولعله أولى
مما ذكره غيره من أنها تملك
عقار (قوله على المشتري

بشركة أو جوار) أقول لعله لم يذ كر قيد جبرا كتماعه بكلمة على فانها تدل على الاستعلاء المنبئ عن الجبر قال عامة
المصنف (الشفعة واجبة) أقول أي ثابتة وفي قول المصنف أفادهذا اللفظ ثبوت حق الشفعة اشارة اليه واطافة حق الشفعة ببيان
قال المصنف (أفادهذا اللفظ) أقول اللفظ مصدر في الاصل يتناول الكثير أيضا (قوله للشرىك) أقول اللام للاستحقاق
كفى أمناه

أما الثبوت فلقوله عليه الصلاة والسلام الشفعة للشريك لم يقاسم

عامة المشايخ اتصال ملك الشفيع بملك البائع لأن الشفعة إنما تجب لدفع ضرر الدخيل عن الأصل
وهو ضرر سوء المعاملة والمعايشة وإنما يتحقق هذا الضرر عند اتصال ملك الشفيع بالمبيع وكان
الخصاف رحمه الله تعالى يقول الشفعة تجب بالمبيع ثم تجب بالطلب فهو إشارة منه إلى أن كل ما سبب
على التعاقب وأنه غير صحيح لأن الشفعة إذا وجبت بالمبيع لا يتصور وجوبها بالطلب ولا يشترط
الاسلام رحمه الله أن الشر كتمع البيع عليه لوجوب الشفعة لأن حق الشفعة لا يثبت إلا بهما قال ولا
يجوز أن يقال بأن الشر أمر شرط والشر كتمع علة وسبب فإن الشفيع لو سلم الشفعة قبل البيع لا يصح ولو
سلم بعد البيع يصح ولو كان سبب وجوب الشفعة الشر كتمع وحده لم يصح التسليم قبل البيع لأنه يحصل
بعد وجود سبب الوجوب ألا يرى أن الإبراء عن سائر الحقوق بعد وجود سبب الوجوب جائز ولم يصح
تسليم الشفعة قبل البيع عرفنا أن الشر كتمع وحده لا يستبعدة والحاصل أن استحقاق الشفعة
بالشر كتمع عند البيع أو بالشر كتمع والبيع وتأكد بها بالطلب وثبوت الملك في البعثة المشفوعة بالقضاء
أو بالرضا كذا في الذخيرة وذكره صاحب النهاية معزياً إلى البسوط والذخيرة والتحفه وغيرها (أقول)
يجوز أن يكون مراد الخصاف بقوله الشفعة تجب بالمبيع ثم تجب بالطلب أنها تجب بالمبيع ثم تأكد
وجوبها ويستقر بالطلب فيؤول إلى ما ذكره غيره من القول الصحيح المختار ويكون معنى قوله ثم تجب
بالطلب تطهير ما ذكره المفسرون في قوله تعالى اهذهنا الصراط المستقيم من أن معناه نبتنا على هدى
الصراط المستقيم يكون نفس الهدى متحققة قبل الطلب ولعل نظائر هذا في كلام البلغاء أكثر من
أن تحصى والعجب أن عامة ثقات المشايخ حاوروا كلام ذلك الهمام الذي يدطوون في الفقه على المعنى
الذي هو بين البطلان ولم يحمله أحد على المعنى الصحيح مع كونه على طرف النمام (قوله أما الثبوت
فلقوله عليه الصلاة والسلام الشفعة للشريك لم يقاسم) أقول لقاتل أن يقول هذا الحديث وإن
دل على بعض المدعى وهو ثبوت حق الشفعة للشريك لأنه ينفي بعضه الآخر وهو ثبوتها لغير الشريك
أيضاً كالجار الملاصق لأن اللام في الشفعة المذكورة الجنس لعدم العهد وتعريف المسند إليه بلام
الجنس فيفيد قصر المسند إليه على المسند كما تقر في علم الأدب ومثل بنحو قوله عليه الصلاة والسلام
الأئمة من قريش سيما وقد أدخل على المسند ههنا لام الاختصاص كما ترى فكان عريفاً في إفادة القصر
كما في الحديث على ما قالوا فأتى اقتضاء حق الشفعة عن غير الشريك وهو مذهب الشافعي فليتأمل
في الجواب قال صاحب العناية بعد ذكر الحديث المزبور أي ثبتت الشفعة للشريك إذا كانت
الدار مشتركة فباع أحد الشريكين نصيبه قبل القسمة أما إذا باع بعد هافلم يبق للشريك
الآخر حق لافي المدخل ولا في نفس الدار فيثبت لاشفعة اه واعتراض بعض الفضلاء على قوله أما
إذا باع بعدها الخ ثم وجهه حيث قال هذا قول بفهم الصفة ونحن لا نقول به الآن يقال التخصيص
بدلالة اللام الاختصاصية اه (أقول) كل من اعترضه وتوجيهه ساقط أما الأول فلا أن قول صاحب
العناية وأما إذا باع بعدها الخ ليس بداخل في تفسير معنى الحديث المزبور حتى يتجه عليه أن يقال هذا
قول بفهم الصفة ونحن لا نقول به بل هو كلام نفسه ذكره بطريق الاستطراد بياناً للواقع وأما الثاني
فلا أنه لو كانت اللام الاختصاصية مدار التخصيص بمعنى القصر لزم أن يدل الحديث المذكور على
عدم ثبوت حق الشفعة للجار الملاصق أيضاً لكونه غير شريك لم يقاسم فيلزم أن يكون حجة علينا لالتنا

والدليل على الأول ما روى
عن رسول الله صلى الله
عليه وسلم الشفعة للشريك
لم يقاسم أي ثبتت الشفعة
لشريك إذا كانت الدار
مشتركة فباع أحد
الشريكين نصيبه قبل القسمة
أما إذا باع بعدها فلم يبق
لشريك الآخر حق لافي
المدخل ولا في نفس الدار
فيثبت لاشفعة

قال المصنف (فلقوله عليه
الصلاة والسلام الشفعة
لشريك لم يقاسم) أقول
قوله لم يقاسم لدفع احتمال
المجاز إذا لشر كتمع بعد القسمة
(قوله ثبتت الشفعة) أقول
تكريراً لتذكير (قوله أما
إذا باع بعدها فلم يبق
لشريك الآخر حق لافي
المدخل ولا في نفس الدار)
أقول هذا قول بفهم
الصفة ونحن لا نقول به
الآن يقال التخصيص
بدلالة اللام الاختصاصية
(قوله فيثبت لاشفعة)
أقول فيه شيء الآن يقال
المراد لاشفعة للخطئة

(وقوله صلى الله عليه وسلم جار الدار أحق بالدار والارض ينتظر له وان كان غائبا اذا كان طريقهما واحدا) والمراد بالجار الشريف في حق الدار بدليل قوله ان كان طريقهم واحدا وقوله ينتظر له وان كان غائبا يعني يكون على شفيعته مدة غيبته اذ لا تأثير للغيبة في ابطال حق تقرير سببه قبل معناه أحق به عرضا عليه للبيع ألا يرى أنه فسر الحق بالانتظار وان كان غائبا وأجيب بأنه صلى الله عليه وسلم جعله أحق على الإطلاق قبل البيع وبعده وقوله ينتظر تفسير لبعض ما شمله كلمة أحق وهو كونه على شفيعته مدة الغيبة وهو قوله صلى الله عليه وسلم الجار أحق بسبقه قبل يارسول الله (٤٠٨) ماسبقه قال شفيعته وفي رواية الجار أحق بشفيعته والحديث الاول يدل على

ثبوت الشفاعة للشريف في نفس المبيع والثاني للشريف في حق المبيع والثالث الجار (وقال الشافعي رحمه الله لاشفاعة للجار لقوله صلى الله عليه وسلم الشفاعة فيما لم يقسم فاذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفاعة) ووجه الاستدلال ان اللام للجنس لقوله صلى الله عليه وسلم الاثمة من قر يش فتختصر الشفاعة فيما يقسم يعني اذا كان قابلا للقسمة وأما اذا لم يكن فلا شفاعة فيه عنده وانه قال فاذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفاعة فيه وفيه دلالة ظاهرة على عدم الشفاعة في المقسوم والشريف في حق المبيع والجار حق كل منهما مقسوم فلا شفاعة فيه قوله (ولان حق الشفاعة) دليله معقول وتقريره أن حق الشفاعة معدول به عن سنن القياس لما فيه من تلك المال على الغير بلارضاء فكان الواجب أن لا يثبت حق الشفاعة أصلا

وقوله عليه الصلاة والسلام جار الدار أحق بالدار والارض ينتظر له وان كان غائبا اذا كان طريقهما واحدا ولقوله عليه الصلاة والسلام الجار أحق بسبقه قبل يارسول الله ماسبقه قال شفيعته ويروى الجار أحق بشفيعته وقال الشافعي لاشفاعة للجار لقوله عليه الصلاة والسلام الشفاعة فيما لم يقسم فاذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفاعة ولان حق الشفاعة معدول به عن سنن القياس لما فيه من تلك المال على الغير من غير رضاه

(قوله ولقوله عليه الصلاة والسلام جار الدار أحق بالدار والارض ينتظر له وان كان غائبا اذا كان طريقهما واحدا) أي جار الدار أحق بالدار وجار الارض أحق بالارض وقوله ينتظر له وان كان غائبا أي الشفيع يكون على شفيعته وان غاب اذ لا تأثير للغيبة في ابطال حق تقرير سببه كذا قال تاج الشريعة ويقرب منه قول صاحب العناية يعني يكون على شفيعته مدة غيبته اذ لا تأثير للغيبة في ابطال حق تقرير سببه اه قال في النهاية وفي رواية الاسرار ينتظر بها اذا كان غائبا ثم قال في الاسرار فان قيل المراد به أحق بها عرضا عليه للبيع ألا يرى أنه فسر الحق بالانتظار اذا كان غائبا قلنا ان النبي صلى الله عليه وسلم جعله أحق على الإطلاق فيكون أحق به اقبل البيع وبعده وقوله ينتظر تفسير بعض ما شمله كلمة أحق ولان ما روى عن عمرو بن الشريف عن أبيه عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه سئل عن أرض بيعت لبس لاحد فيها شرك ولا نصيب فقال الجار أحق بشفيعته فهذا يبطل ذلك التأويل اه وقال بعض الفضلاء على قوله وان كان غائبا مقتضى كلمة ان الوصلية أنه اذا لم يكن غائبا ينتظر له بالطريق الاولى في كلامه بحث تأمله اه (أقول) المذكور في كثير من نسخ الهداية ان كان غائبا يدون الواو والذي ذكر في حاشية ذلك القائل أيضا تلك النسخة فحينئذ لا يظهر كون كلمة ان وصلية بل المتبادر ان تكون شرطية ويؤيده رواية الاسرار حيث وقع فيها اذا كان غائبا فعلى ذلك لا يتوهم ان يكون المعنى اذا لم يكن غائبا ينتظر له بالطريق الاولى وأما على الرواية بالواو وهي الاكثر وقوعا في الشرع فلا محذور فيها أيضا لان معنى قوله ينتظر له وان كان غائبا على ما ينو أن يكون على شفيعته وان غاب ولا شك أنه اذا كان على شفيعته حال غيبته فلا يكون على شفيعته حال حضوره أولى بالطريق وان ترك الانتظار على معناه الاصل وهو التوقف في مهلة وكان المعنى ينتظر له الى أن يجي هو يفرغ من شفيعته تحققت الاولوية أيضا فيما اذا لم يكن غائبا لانه اذا وجب الانتظار له الى أن يجي هو يفرغ من شفيعته مع بعد زمان الانتظار فلا يجب الانتظار له الى فراغه من شفيعته عند حضوره أولى لحصول الانفصال بينهما في زمان قليل تأمل تفهم (قوله وقال الشافعي لاشفاعة للجار لقوله عليه الصلاة والسلام الشفاعة فيما لم يقسم فاذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفاعة)

قال

(قوله ألا يرى أنه فسر الحق بالانتظار) أقول يشير الى أن قوله ينتظر له بجهة تفسيرية (قوله وان كان غائبا) أقول مقتضى كلمة ان الوصلية أنه اذا لم يكن غائبا ينتظر له بالطريق الاولى في كلامه بحث تأمله قال المصنف (ويروى الجار أحق بشفيعته) أقول ينبغي أن يكون أحق صفة لاسم التفضل اذ لا حق في الشفاعة لما دون الجار (قوله وانه قال فاذا وقعت الحدود والخ) أقول معطوف على قوله أن اللام للجنس الخ (قوله والشريف في حق المبيع والجار حق كل منهما مقسوم) أقول فان قيل كيف يكون حق الشريف في حق المبيع مقسوما قلنا هو اده حق كل منهما من المالك

وقد ورد الشرع به فيما لم يقسم وهذا ليس في معناه لان مؤنة القسمة تلزمه في الاصل دون الفرع ولنا ما رويانا

لكن ورد الشرع به فيما لم يقسم فلا يلحق به غيره قياسا أصلا ولا دلالة اذا لم يكن في معناه من كل وجه (وهذا) أي الجار يعني شفعة الجار ليس في معنى ما ورد به الشرع لان نبوتها فيه لضرر ورد دفع مؤنة القسمة التي تلزمه وقوله (في الاصل) أي فيما لم يقسم ولا مؤنة عليه في الفرع وهو المقسوم وبه فهم من جملة كلامه أن نزاعه ليس في الجار وحده بل فيه وفي الشريك في حق المبيع لانه مقسوم أيضا وفيما لم يحتمل القسمة كالبر والجمام (ولنا ما رويانا) من الاحاديث من قوله عليه الصلاة والسلام جار الدار أحق بالدار ورواه الترمذي وقال حديث حسن صحيح وقوله عليه الصلاة والسلام الجار أحق بسقبة رواء البخاري وأبو داود

(قوله وهذا أي الجار يعني شفعة الجار الخ) أقول الاولى أن يقال أي محل النزاع

قال صاحب العناية وجه الاستدلال أن اللام للجنس كقوله عليه الصلاة والسلام الاثمة من قريبش فتخصر الشفعة فيما لم يقسم يعني اذا كان قابلا للقسمة وأما اذا لم يكن فلا شفعة فيه عنده وأنه قال فاذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة وفيه دلالة ظاهرة على عدم الشفعة في المقسوم والشريك في حق المبيع والجار حق كل منهما مقسوم فلا شفعة فيه الى هنا كلامه اه (أقول) في تقريره نوع خلل لان قوله والشريك في حق المبيع والجار حق كل منهما مقسوم يناقض أوله آخره فان معنى الشريك في حق المبيع من لم يكن حقه مقسوما بل كان حق المبيع مشاعا بينه وبين الآخر وقد حكم عليه بكون حقه مقسوما وذلك تناقض لا يخفى وقصد بعض الفضلاء دفع ذلك حيث قال فان قيل كيف يكون حق الشريك في حق المبيع مقسوما قلنا مراده حق كل منهما من الملك اه (أقول) فحينئذ يتخلل تقريره قوله فلا شفعة فيه على قوله والشريك في حق المبيع والجار حق كل منهما مقسوم اذ لا يلزم من كون حق كل منهما من الملك فقط مقسوما أن لا يثبت فيه شفعة على مقتضى دلالة قوله فاذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة فان دلالة على عدم الشفعة في المقسوم من جهتين معاً أي من جهة نفس الملك كإدلال عليه قوله فاذا وقعت الحدود ومن جهة حق المبيع وهو الطريق كإدلال عليه قوله وصرفت الطرق والاولى في تقرير المقام أن يقال وأنه قال فاذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة وفيه دلالة ظاهرة على عدم الشفعة في المقسوم من جهة وقوع الحدود ومن جهة صرف الطرق والجار الماصق حقه مقسوم من قديمك الجهتين معا فلا شفعة فيه اذ على هذا التقرير يقع الاختلال بالكية ويطابق الشرح المشروح فان المصنف قال وقال الشافعي لا شفعة بالجار وذ كرا حديث المذ كور دليل على عدمه ولم يتعرض لغير الجوار نعم طعن صاحب النهاية في تخصيصه بالجار ماله كرا حيث قال ليس لتخصيصه هذا زيادة فائدة لان الشافعي كما لا يقول بالشفعة بالجار فكذلك لا يقول بالشفعة بالشركة في الحقوق أيضا وكذلك لا يقول بالشفعة فيما لا يحتمل القسمة كالبر والنهر اه ولكن يمكن أن يقال وجه تخصيصه ذلك بالذ كرا عدم مصادق دليل الشافعي لعدم ثبوت الشفعة الا في حق الجار تدبر (قوله وقد ورد الشرع به فيما لم يقسم وهذا ليس في معناه لان مؤنة القسمة تلزمه في الاصل دون الفرع) فسر صاحب معراج الدراية وصاحب العناية والشارح العيني المشار اليه بهذا في قول المصنف وهذا ليس في معناه بالجار حيث قالوا وهذا أي الجار وقال صاحب العناية وحده بعد أن قال أي الجار يعني شفعة الجار وسكت غير هؤلاء الشراح عن تفسير هذا هنا وفسر هاتم الفرع في قوله دون الفرع بالجار أيضا وفسره صاحب العناية بالمقسوم وتبعه العيني وأجمعوا على تفسير الاصل بما لم يقسم (أقول) الحق الواضح عندي أن المراد بهذا الفرع كلهما هو المقسوم لا غير لانه لا حاصل لان يقال الجار ليس في معنى ما لم يقسم اذ لم يقل أحد بان الجار في حكم ما لم يقسم وانما قلنا ان المقسوم في حكم ما لم يقسم اذا وجد الاتصال بملك البائع ولا جهة لان يقال الجار فرع لما لم يقسم لان الذي في حكم ما لم يقسم انما هو المقسوم لا الجار نفسه وهذا مما لا استربة فعمامة الشراح خرجوا في تفسير كل من الموضوعين عن سنن الصواب وأما صاحب العناية فقد أصاب في تفسير الفرع حيث قال فيه وهو المقسوم ولم يصب في تفسيره هذا حيث قال فيه أي الجار الا أنه لما ذاق بشاعة هذا التفسير قال بعده يعني شفعة الجار لكنه ليس بتمام أيضا اذ لم يقل أحد أيضا بان شفعة الجار في معنى نفس ما لم يقسم الا أن يقدر مضاف آخر في قوله معناه أيضا فيصير المعنى ليس في معنى شفته أي شفعة ما لم يقسم لكن لا يخفى أنه

(ولان ملك الشفيع متصل بملك الدخيل اتصال تأييد وقرار) وهو ظاهر لانه المفروض وقوله تأييد احتراز عن المنقول والسكنى بالعارية وقوله وقرار احتراز عن المشتري شراء فاسدا فانه لا قرار له لوجوب النقص دفعا لفساد وكل ما هو كذلك فله حق الشفعة عند وجود المعاوضة بالمال وهو احتراز عن الاجارة والمرهونة والمجعولة مهرا اعتبارا أى الخافا بالدلالة بمورد الشرع وهو ما لا يقسم ولا معنى لقوله وهذا ليس في معناه لانه في معناه (لان الاتصال على هذه الصفة) يعنى اتصال التأييد والقرار (انما انتصب سببا في مورد الشرع لدفع ضرر الجوار اذا الجوار مادة المضار) (٤١٠) من ايقاد النار واثارة الغبار ومنع ضوء النهار واعلاء الجدار

لا اطلاع على الصغار والكبار (وقطع هذه المادة بملك الاصيل) يعنى الشفيع (أولى لان الضرر في حقه بازعاجه عن خطة آياته أقوى) فيلحق به دالة وحاصلة أن الاصيل دافع والدخيل رافع والدفع أسهل من الرفع (قوله وضرر القسمة مشروع) جواب عن قوله لان مؤنة القسمة تلزمه جعل العلة المؤثرة في استحقاق الشفعة عند البيع لزوم مؤنة القسمة فانه لو لم يأخذ الشفيع المبيع بالشفعة طالبه المشتري بالقسمة فيلحقه بسببه مؤنة القسمة وذلك ضرر به فكفنه الشرع من أخذ الشفعة دفعا للضرر عنه

ولان ملكه متصل بملك الدخيل اتصال تأييد وقرار فيثبت له حق الشفعة عند وجود المعاوضة بالمال اعتبارا بمورد الشرع وهذا لان الاتصال على هذه الصفة انما انتصب سببا في دفع ضرر الجوار اذ هو مادة المضار على ما عرف وقطع هذه المادة بملك الاصيل أولى لان الضرر في حقه بازعاجه عن خطة آياته أقوى وضرر القسمة مشروع لا يصلح علة لتحقيق ضرر غيره

تعمل بعد عمل بلا ضرر وداعية الى شئ منها فالحق ما قلته (قوله ولان ملكه متصل بملك الدخيل اتصال تأييد وقرار) قال تاج الشريعة ذكر التأييد احتراز عن المنقول والسكنى بالعارية وذكر القرار احتراز عن المشتري شراء فاسدا فانه لا قرار له اذ النقص واجب دفعا لفساد اه واقضى أثره صاحب العناية ورد بعض القضاة لا قوله والسكنى بالعارية حيث قال ليس للمستعير ملك حتى يحتز عنه اه (أقول) ان لم يكن له ملك من حيث الرقبة فله ملك من حيث المنفعة لان الاعارة تمليك للمنافع بلا عوض على ما عرف في كتاب العارية فكان قوله لان ملكه متصل بملك الدخيل متناولا الدار المسكونة بالعارية أيضا فحصل بقوله اتصال تأييد احتراز عن مثل ذلك (قوله فيثبت له حق الشفعة عند وجود المعاوضة بالمال اعتبارا بمورد الشرع) قال تاج الشريعة قوله عند وجود المعاوضة بالمال احتراز عن الاجارة والدار الموهوبة والمجعولة رهنا اه وقال صاحب العناية وهو احتراز عن الاجارة والمرهونة والمجعولة مهرا اه وتبعه الشارح العيني (أقول) فيه بحث لان المستأجر وان كان له ملك في الدار المستأجرة من حيث المنفعة لان الاجارة تمليك للمنافع بعوض فتحقق له فيها نوع ملك كما في المستعير على ما مر آنفا الا أن كلامهما قد خرجا بقوله اتصال تأييد فيما قبل فقام في الاحتراز عن الاجارة مرة أخرى بقوله ههنا عند وجود المعاوضة بالمال وأما المرتن فان ملكه في الدار المرهونة لان من حيث الرقبة ولان من حيث المنفعة فقد خرج بالملك المذكور من قبل قطع مع قطع النظر عن قيد التأييد فلا معنى للاحتراز عن الدار المرهونة بالقيد المذكور ههنا أصلا والحق أن هذا القيد للاحتراز عن مثل الدار المورثة والموهوبة والموصى بها والمجعولة مهرا فان في كل منها يتحقق الملك والتأييد والقرار لكن لاشفعة فيها لعدم تحقق المعاوضة المالية في شئ منها (قوله لان الضرر في حقه بازعاجه عن خطة آياته أقوى) قال بعض الفضلاء الدليل أخص من المدعى فان الشفيع لا يلزم أن يكون في خطة آياته بل قد يكون مالكا بالشراء أو الهبة اه (أقول) المعنى المقصود من هذا الدليل أن الضرر في حقه بازعاجه عن خطته الاصلية المقررة أقوى فيعهم ما كان ملكا له بالشراء أو الهبة الا أنه عبر عن أصله خطته وتقرر لها باضافتها الى آياته مبالغة في بيان أصالتها وتقرر لها وبيعها على ما هو الاكثر وقوعا في العادة فأخصية الدليل المذكور بالنظر الى ظاهر اللفظ دون المعنى المقصود منه فلا محذور فيه (قوله وضرر القسمة مشروع لا يصلح علة لتحقيق ضرر غيره) هذا جواب عن قول الشافعي لان مؤنة الضرر تلزمه في الاصل دون

(قوله وقوله تأييد احتراز عن المنقول) أقول ليس للمستعير ملك حتى يحتز عنه ثم قوله السكنى أراد به المسكونة بها (قوله وهو احتراز عن الاجارة) أقول فيه أنه ليس للمستأجر والمرتن

منه في رقبة المستأجر والمرهون فلا معنى للاحتراز عنهما ثم ليس فيهما اتصال تأييد الا أن يقال المراد الدار المجعولة الفرع أجرة ثم أقول واحتراز بهذا القيد أيضا عن المورثة والموهوبة والموصى بها قال المصنف (لان الضرر في حقه بازعاجه عن خطة آياته أقوى) أقول الدليل أخص من المدعى فان الشفيع لا يلزم أن يكون في خطة آياته بل قد يكون مالكا بالشراء أو الهبة (قوله والحاصل أن الاصيل دافع والدخيل رافع) أقول فيه أن الاصيل رافع لملك المشتري وهو دافع قال المصنف (وضرر القسمة مشروع الخ) أقول اذا اجل كلام المصنف على المنع والسند لا يرد عليه شئ مما يتوهم ورود

وتقرر بالجواب أن مؤنة القسمة أمر مشروع ولا يصلح علة لتحقيق ضرر غيره وهو التملك على المستوفى من غير رضاه ولم يذ كر الجواب عن استدلاله بالحديث لانه في حيز التعارض وقد أجاب بعضهم (٤١١) بأن قوله عليه الصلاة والسلام

الشفعة فيما لم يقسم من باب تخصيص الشيء بالذكر وهو لا يدل على نفي ما عداه وبأن قوله فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق مشترك الا لزام لانه صلى الله عليه وسلم علق عدم الشفعة بالامر من وذلك يقتضى أنه اذا وقعت الحدود ولم تصرف الطرق بأن كان الطريق واحدا تحجب الشفعة وانما نفي الشفعة في هذه الصورة لانهم اموضع الاشكال لان في القسمة معنى المبادلة فربما يشكّل أنه هل يستحق بها الشفعة أولا فبين رسول الله صلى الله عليه وسلم عدم الشفعة فيها

(قوله لتحقيق ضرر غيره وهو التملك) أقول قوله هو راجع الى الضرر (قوله لانه عليه الصلاة والسلام علق عدم الشفعة بالامر من) أقول الامر في اللام اذا لم يكن ثمة معهود أن يحمل على الاستغراق كما بين في الاصول وقد سبق أن استدلاله على مطلوبه بهذا الطريق (قوله وذلك يقتضى الى قوله

الفرع يعنى أن التعليل بذلك غير صحيح لان مؤنة القسمة أمر مشروع ولا يصلح علة لتحقيق ضرر غيره مشروع وهو علك مال الغير بدون رضاه كذا في الشروح قال صاحب العناية بعد بيان ذلك ولم يذ كر الجواب عن استدلاله بالحديث لانه في حيز التعارض اه (أقول) هذا عذر بارد بل كاسد لان كون الحديث الذي استدل به الخصم في حيز التعارض بالحديث الذي رويناه لا يسوغ الاستغناء عن ذكر الجواب فان حكم التعارض هو التساقط ان لم يظهر الرجحان في أحد الجانبين ولم يتيسر المخلص الجامع بينهما عند الطلب كما عرف في علم أصول الفقه وعلى تقدير التساقط ههنا يلزم أن لا يثبت مدعانا كما لا يثبت مدعاه وذلك بخلاف عطلونا ههنا لا محالة فلا بد من الجواب امام بيان الرجحان فيما رويناه أو بيان المخلص على وفق قاعدة الاصول اللهم الا أن يقال يكفينا دليلنا العقلي عند تحقق حكم التعارض بين الاحاديث لكن فيه ما فيه وقال صاحب العناية وقد أجاب بعضهم بأن قوله عليه الصلاة والسلام الشفعة فيما لم يقسم من باب تخصيص الشيء بالذكر وهو لا يدل على نفي ما عداه وبأن قوله فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق مشترك الا لزام لانه عليه الصلاة والسلام علق عدم الشفعة بالامر من وذلك يقتضى أنه اذا وقعت الحدود ولم تصرف الطرق بأن كان الطريق واحدا تحجب الشفعة اه (أقول) في كل من هذين الجوابين نظر أما في الاول وهو الذي ذكر في الكافي وعامة الشروح فلان مدار استدلال الشافعي بقوله عليه الصلاة والسلام الشفعة فيما لم يقسم ليس على مجرد تخصيص كون الشفعة فيما لم يقسم بالذكر حتى يتم الجواب عنه بأن تخصيص الشيء بالذكر لا يدل على نفي ما عداه بل مدار استدلاله بذلك على أن اللام في الشفعة للجنس لعدم المعهود فيقتضى قصر الشفعة على ما لم يقسم كافي قوله عليه الصلاة والسلام الاثم من قريش وقد صرحوا به في أثناء تقرير وجه استدلاله بذلك ولا ريب أن أداة القصر تدل على نفي ما عدا المذ كور فالاولى في الجواب عنه ما ذكره تاج الشريعة وهو أن الالف واللام كما تدخلان في الاسم للاستغراق تدخلان فيه للمبالغة كما يقال العالم في البلد فلان وان كان فيه علماء واذا كان كذلك يكون المراد بما في ذلك الحديث أقوى الأسباب ونحن نقول ان حق الشفعة فيما لم يقسم أقوى ولهذا قدمناه على غيره اه وأما في الثاني فلا ن حصول الا لزام للشافعي بقوله فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق على الوجه المذ كور في الجواب المزبور ممنوع فان الشافعي وان قال بفهوم المخالفة الا أن له شرائط عنده منها أن لا يخرج الكلام مخرج العادة كما في قوله تعالى وربائبكم الاتى في حجوركم على ما عرفت في الاصول فله أن يقول فيما نحن فيه ان قوله وصرفت الطرق خرج مخرج العادة بكون صرف الطرق عند القسمة غالب الوقوع فلا يدل على أنه اذا كان الطريق واحدا تحجب الشفعة ولئن سلم حصول الا لزام له بذلك فلا ينبغي أن يقال أنه مشترك الا لزام لان فيه اعترافا بكونه ملزما باننا أيضا ولو كنا ملزمين بذلك في هذه المسئلة فما الفائدة لنا في كون الشافعي أيضا ملزما به وتلك المقدمة انما يصار اليها في العلوم العقلية عند الضرورة وعلى هذا يقع التعسير بأنه مشترك الا لزام في غير كلام صاحب العناية فالاولى في الجواب عن آخر ذلك الحديث وهو قوله فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة ما أشير اليه في الكافي وذكر في كثير من الشروح من أنه لم يثبت كون ذلك من نفس الحديث بل يجوز أن يكون من كلام الراوى فلا يكون حجة للخصم في عدم استحقاق الشفعة للجار مع ما صح من الاحاديث الدالة على ثبوت الشفعة للجار ولئن ثبت كونه من نفس الحديث فالمراد

تحجب الشفعة) أقول لا اعتبار لفهوم الشرط عندنا وعند الشافعية لاعتباره شرائط واجتماعها ممنوع هنا ولعل ذلك صرف الطريق لكونه موجودا غالباً عند القسمة فهو خارج مخرج العادة فلي تأمل (قوله وانما نفي الشفعة في هذه الصورة) أقول أى في صورة القسمة

وأما الترتيب فلقوله عليه الصلاة والسلام الشريك أحق من الخليط والخليط أحق من الشفيع فالشريك في نفس المبيع والخليط في حقوق المبيع والشفيع هو الجار ولان الاتصال بالشركة في المبيع أقوى لانه في كل جزء وبعده الاتصال في الحقوق لانه شركته في مرافق الملك والشرع جميع يتحقق بقوة السبب ولان ضرر القسمة ان لم يصلح علة صلح مر بها قال (وليس الشريك في الطريق والشرب والجار شفعة مع الخليط في الرقبة) لماذا كرنا أنه مقدم

في الشفعة الثابتة بسبب الشركة عملاً بما روينا أي جعابين ذلك الحديث وبين ما روينا أو معناه فلا شفعة بسبب القسمة الحاصلة بوقوع الحدود وصرف الطرق وانما قال هذا لان القسمة لما كان فيها معنى المبادلة كانت موضع أن يتوهم استحقاق الشفعة بها كالبيع فبين النبي صلى الله عليه وسلم عدم ثبوت الشفعة بها ازالة لذلك الوهم وأورد علينا من قبل الشافعي أنه عليه الصلاة والسلام قال في رواية انما الشفعة فيما لم يقسم وانما لاثبات المذكور ونفي ما عداها وأجيب عنه بعبارة مختلفة قال في الكافي والكفاية وانما قد تقتضي تأكيده المذكور لاني غير المذكور قال الله تعالى انما أنت منذر اه وقال في النهاية وكلمة انما قد تنجي لاثبات بطريق الكمال كما يقال انما العالم في البلد يبدأ الكمال فيه والمشهور به زيد ولم يرد في العلم عن غيره وهما كذلك فان الشريك الذي لم يقاسم هو الشريك في البقعة وهو كامل في سبب استحقاق الشفعة حتى لا يراجه غيره فكان محمولا على اثبات المذكور بطريق الكمال دون نفي غيره اه وقال في البداة انما الحديث فليس في صدره نفي الشفعة عن المقسوم لان كلمة انما لا تقتضي نفي غيره المذكور قال الله تعالى انما أنا بشر مثلكم وهذا لا ينني أن يكون غيره صلى الله عليه وسلم بشر امثلهم اه (أقول) فيما ذكر في البداة من خلل بين اذ قد تقرر في علم الادب أنه يؤثر المقصور عليه في انما ولا يجوز تقديمه على غيره فالمقصود في قوله تعالى انما أنا بشر مثلكم مدلول أنا والمقصود عليه هو البشرية ولا شك أن المراد بالمذكور في قولهم انما لاثبات المذكور ونفي غيره المذكور هو المقصور عليه اذ اثبات ذلك ونفي غيره يحصل معنى القصص عليه كالأخفى فقوله وهذا لا ينني أن يكون غيره عليه الصلاة والسلام بشر امثلهم لا يدل على أن لا تقتضي كلمة انما نفي غيره المذكور الذي هو المقصور عليه لان المقصور عليه في قوله تعالى انما أنا بشر مثلكم انما هو البشرية لا غيره عليه الصلاة والسلام والحاصل أن كلمة انما في الآية المذكورة لقصص المسند اليه على المستند دون العكس لا محالة وقوله وهذا لا ينني أن يكون غيره عليه الصلاة والسلام بشر امثلهم ينتهي على أن يكون المراد هو العكس فليس يصحح قطعاً (قوله) وأما الترتيب فلقوله عليه الصلاة والسلام الشريك أحق من الخليط والخليط أحق من الشفيع فالشريك في نفس المبيع والخليط في حقوق المبيع والشفيع هو الجار) قال صاحب غاية البيان فسر صاحب الهداية الشريك بمن كان شريكاً في نفس المبيع والخليط بمن كان شريكاً في حقوق المبيع وهما في اللغة سواء اه واقفني أثره الشارح العمي (أقول) ان كان مرادهما واخذة المصنف بتفسيره المزبور كما هو المتبادر من ظاهر لفظهما فالجواب هين فانه لما وقع في الحديث الشريك أحق من الخليط علم أن المراد بالشريك هناك غير الخليط اذ لا معنى لتكون الشيء أحق من نفسه فلا بد أن يحمل أحدهما على نوع مما أطلق عليه في اللغة والاخر على نوع آخر منه ثم لما كانت حزية الشركة في نفس المبيع على الشريك في حقوق المبيع أظهر وأجلى فسر المفضل بالاول والمفضل عليه بالثاني ولم يعكس فلا غبار عليه (قوله) قال وليس للشريك في الطريق والشرب والجار شفعة مع الخليط في الرقبة) أقول لا يرى لقوله هذا فائدة سوى الايضاح والتأكيد بعد أن قال قيسله الشفعة واجبة للخليط في نفس المبيع ثم للخليط في حق المبيع كالشرب والطريق ثم لجار فان ذلك كما افاد ثبوت حق الشفعة لكل واحد من هؤلاء اذ الترتيب أيضا

(والدليل على الثاني) أعني على الترتيب (قوله صلى الله عليه وسلم الشريك أحق من الخليط والخليط أحق من الشفيع) قال المصنف رحمه الله (والشريك في نفس المبيع والخليط في حقوق المبيع والشفيع هو الجار) ودلالته على الترتيب غير خافية وهو حجة على الشافعي رحمه الله (ولان الاتصال دليل عقلي على الترتيب وهو ظاهر وكذا قوله) (ولان ضرر القسمة) يعني قد ذكرنا أن دفع ضرر رمونة القسمة لم يصلح علة للاستحقاق لكنه ان لم يصلح علة للاستحقاق صلح مر بها لأن الشرع يرجع ابدأ انما يقع بما لا يكون علة للاستحقاق قال (وليس للشريك في الطريق والشرب الخ) اذ اثبت الترتيب ثبت أن المتأخر ليس له حق الا اذا سلم المتقدم في ظاهر الرواية

فان سلم فللمتاخر أن يأخذ بالشفعة لان السبب قد تقرر في حق الكل الا أن للشريك حق التقدم لكن من شرط ذلك أن يكون الجار طلب الشفعة مع الشريك اذا علم بالبيع لم يمكنه الاخذ اذا سلم الشريك فان لم يطلب حتى سلم الشريك فلا حق له بعد ذلك وأبو يوسف رحمه الله في غير ظاهر الرواية جعل المتقدم حاجبا فلا فرق اذ ذلك بين الاخذ والتسليم والشريك في المبيع قد يكون في بعض منها كما في منزل معين من الدار مثل أن يكون في دار كبيرة سيوت وفي بيت منها شركة فالشفعة للشريك دون الجار وكذا هو مقدم على الجار في بقية الدار في أصح الروايتين عن أبي يوسف رحمه الله لان اتصاله أقوى لان المنزل من حقوق الدار وموافقه ولهذا يدخل في بيع الدار متى ذكر مع كل حق هو لها والبقعة واحدة وأراد الموضع الذي (٤١٣) هو مشترك بين البائع والشفيع وذلك

في حكم شيء واحد فاذا صار أحق بالبعض كان أحق بالجميع والرواية الأخرى أنه والجار سواء في بقية الدار ثم لا بد أن يكون الطريق والشرب خاصا حتى يستحق به الشفعة وفسر الخاص بما اختاره من بين التفسير المذكورة له والقراح من الارض كل قطعة على حبالها ليس فيها شجر ولا شائبة شجر

قال (فان سلم فالشفعة للشريك في الطريق فان سلم أخذها الجار) لما بيننا من الترتيب والمراد بهذا الجار الملاصق وهو الذي على ظهر الدار المشفوعة وبابه في سكة أخرى وعن أبي يوسف أن مع وجود الشريك في الرقبة لشفعة لغيره وسلم أو استوفى لانهم محجوبون به ووجه الظاهر أن السبب تقرر في حق الكل الا أن للشريك حق التقدم فاذا سلم كان لمن يملكه بمنزلة دين الصحة مع دين المرض والشريك في المبيع قد يكون في بعض منها كما في منزل معين من الدار وأوجد ارمعين منها وهو مقدم على الجار في المنزل وكذا على الجار في بقية الدار في أصح الروايتين عن أبي يوسف لان اتصاله أقوى والبقعة واحدة ثم لا بد أن يكون الطريق أو الشرب خاصا حتى تستحق الشفعة بالشركة فيه فالطريق الخاص أن لا يكون نافذا والشرب الخاص أن يكون نهر لا تجرى فيه السفن وما تجرى فيه فهو عام وهذا عند أبي حنيفة ومحمد وعن أبي يوسف أن الخاص أن يكون نهر يسقي منه قراحتان أو ثلاثة وما زاد على ذلك فهو عام

كما صرح به صاحب الهداية كيف لا وكذا ثم صرح في افادة التأخير وليس للتأخر في الاستحقاق حق عند وجود المتقدم فيه بل لا ريب (قوله فان سلم فالشفعة للشريك في الطريق فان سلم أخذها الجار لما بيننا من الترتيب) أقول لتعليل هذه المسئلة بقوله لما بيننا من الترتيب غير تام لان ما بيننا من الترتيب لا يقتضي أن يستحق المتأخر عند وجود المتقدم وسليمه لجواز أن يكون المتأخر محجوبا بالتقدم كما في الميراث على ما قال به أبو يوسف في غير ظاهر الرواية اذ حيث لا يستحق التأخر شيئا عند وجود المتقدم سلم أو استوفى مع بقاء الترتيب على حاله باتفاق الروايات وانما يكون التعليل المذكور تاما لو كانت المسئلة هكذا فان لم يوجد الخليط في الرقبة فالشفعة للشريك في الطريق أو الشرب فان لم يوجد هذا أيضا أخذها الجار لان الترتيب يقتضي هذا المعنى لا محالة فالتناسب أن يترك التعليل المذكور ههنا ويكتفى بما ساقى من قوله ووجه الظاهر أن السبب تقرر في حق الكل الخ (قوله والشريك في المبيع قد يكون في بعض منها كما في منزل معين من الدار) قال في العناية أخذنا من النهاية مثل أن يكون في دار كبيرة سيوت وفي بيت منها شركة فالشفعة للشريك دون الجار اه (أقول) في هذا التتميل قصور لان المنزل عند الفقهاء دون الدار وفوق البيت وأقله بيتان أو ثلاثة نص عليه في المغرب وعلم ذلك فيما مر في باب الحقوق من كتاب البيوع فتتمثل الشركة في المنزل بشركة في بيت بخلاف اصطلاح هذا الفن ولا ضرورة تدعو اليه في كلام المصنف فلا وجه لارتكابه (قوله والبقعة واحدة) يعني بقعة الدار المبيعة واحدة فاذا صار الشفيع أحق ببعضها كنزل معين منها أو جدار معين منها صار أحق بجميعها قال

قال المصنف (ووجه الظاهر أن السبب قد تقرر في حق الكل الخ) أقول والفرق بين الميراث وما نحن فيه حيث لا يرث الاخ لأب مثلا اذا أسقط الاخ لأب وأم حقه مع تقرر السبب في حق الكل وهو الاخوة أن الميراث ملك اضطراري لا يسقط باسقاط العبد بخلاف حال الشفعة وبالجمله أنا لان سلم أنهم محجوبون به بل له حق التقدم فقط

فتأمل (قوله وفي بيت منها شركة) أقول فرق بين البيت والمنزل على ما مر في باب الحقوق من كتاب البيوع ويجوز أن يقال المراد بالبيت مع توابعه (قوله أراد الموضع الذي هو مشترك بين البائع والشفيع) أقول الاولى أن يقول الموضع الذي بعضه مشترك بينهما والا فلا خركلامه بخالف ظاهر أوله (قوله فاذا صار أحق بالبعض كان أحق بالجميع) أقول هذا يشمل الشركة في حقوق الدار كالطريق مثلا كأن كان في بيت من الدار شركة لرجل وباب هذا البيت الى الطريق العام وفي جانب آخر من الدار طريق خاص فيها شركة لرجل آخر فاذا بيعت الدار فالذي له شركة في البيت مقدم على من له شركة في الطريق مع أن هذا الدليل ينتظمهما والامر فيه سهل كما لا يخفى اذ المقصود هنا الفرق بين الشريك والجار وهو حاصل بهذا الدليل

وذكر استحقاق الشفعة في السكة وأحاله على ما ذكر في كتاب القضاء وهو قوله لان قصه للورود لاحق لهم في المرور وأصل ذلك ان استحقاق الشفعة وجوز فتح الباب بتلازمان فكل من له ولاية فتح الباب في سكة فلا استحقاق الشفعة في تلك السكة ومن لا ولاية قد تقدم صورة ذلك ومن له الولاية ومن ليس له ذلك في ذلك الكتاب (ولو كان نهر صغير يأخذ منه نهر أصغر منه فهو على قياس الطريق فيما بيناه) يعني قوله وان كانت سكة غير نافذة يتشعب منها سكة غير نافذة الخ فان استحقاق الشفعة هناك باعتبار جواز الطرق فلا ذلك قال على قياس الطريق يعني لو بيع أرض متصلة بالنهر الأصغر كانت الشفعة لاهل النهر الأصغر لاهل النهر الصغير كما في السكة المتشعبة مع السكة المستطيلة العظمى وذكر مسألة صاحب الجذوع وهي واضحة وقوله (لما بينا) إشارة الى قوله لان العلة هي الشركة في العقار قال (واذا اجتمع الشفعاء الخ) اذا اجتمع الشفعاء فالشفعة على عدد رؤسهم خلافا للشافعي رحمه الله فاذا كان الدار بين ثلاثة لأحدهم نصفها وللآخرين ثلثها ولا آخر لها ولا آخر سدسها باع صاحب النصف نصيبه وطلب الشريكان الشفعة فضى بينهما ذلك نصفين عندنا وعند الشافعي رحمه الله أن ثلاثة درمل كما لان الشفعة من مرافق الملك لان التكميل منفعة وكل ما هو كذلك فهو مقدر بقدر الملك كالريح والغلة والولد (٤١٤) والتمر ولنا أنهم تساووا في سبب الاستحقاق وهو الاتصال ألا يرى أنه لو انفرد

واحد منهم استحق كل الشفعة وهذا آية كمال السبب والتساوي في سبب الاستحقاق بوجوب التساوي فيه لا محالة لثبت الحكم بقدر دليله فان قيل الاتصال سبب الاستحقاق وصاحب الكثير أكثر اتصالا فاني يتساوى بان أجاب بقوله وكثرة الاتصال تؤذن بكثرة العلة لان الاتصال بكل جزء علة لما ذكرنا أن صاحب القليل لو انفرد استحق الجميع والرجح انما يكون بقوة في الدليل لا بكثرته ولا قوة ههنا أظهر من الأخرى بمقابلتها حيث يستحق صاحب القليل ولو كان مرجوحا لما استحق

وان كانت سكة غير نافذة يتشعب منها سكة غير نافذة وهي مستطيلة فبيعت دار في السكة فلا لها الشفعة خاصة دون أهل العلى وان بيعت لعلى فلا له السكتين والمعنى ما ذكرنا في كتاب أدب القاضي ولو كان نهر صغير يأخذ منه نهر أصغر منه فهو على قياس الطريق فيما بيناه قال (ولا يكون الرجل بالجذوع على الحائط شفعين شركة ولكنه شفع جوار) لان العلة هي الشركة في العقار بوضع الجذوع لا بصير شركا في الدار الا أنه جار ملازق قال (والشريك في النخبة تكون على حائط الدار جار) لما بينا قال (واذا اجتمع الشفعاء فالشفعة بينهم على عدد رؤسهم ولا يعتبر اختلاف الاملاك) وقال الشافعي هي على مقادير الانصاء لان الشفعة من مرافق الملك ألا يرى أنها التكميل منفعة فأشبهه بالريح والغلة والولد والتمر ولنا أنهم استواوا في سبب الاستحقاق وهو الاتصال فيستوون في الاستحقاق ألا يرى أنه لو انفرد واحد منهم استحق كل الشفعة وهذا آية كمال السبب وكثرة الاتصال تؤذن بكثرة العلة والتراجع بقوة في الدليل لا بكثرته ولا قوة ههنا أظهر من الأخرى بمقابلتها وتعالى ملكا غيره لا يجعل ثمرة من ثمرات ملكه بخلاف الثمرة وأشباهاها

صاحب العناية في شرح قوله والبقعة واحدة أراد الموضع الذي هو مشترك بين البائع والشفيع وذلك في حكم شيء واحد فاذا صار أحق بالبعض كان أحق بالجميع اه (أقول) فيه خلل لان الموضع الذي هو مشترك بين البائع والشفيع في مسئلتنا هو منزل معين من الدار أو جدار معين منها ووحدة ذلك لا تؤثر في استحقاق الشفعين جميع الدار وانما المؤثر فيه وحدة مجموع الدار وهي لا تلزم من تفسير الشارح المزبور وأيضا قوله فاذا صار أحق بالبعض كان أحق بالجميع انما يطابق وحدة مجموع الدار المبيعة لا وحدة الموضع الذي هو مشترك بين البائع والشفيع فكان بين أول كلامه وآخره تناقض

شأن الرجوع يندفع في مقابلة الراجح وعورض بأن الهيئة الاجتماعية قد تستلزم ما لا يستلزمه الافراد لا يخفى فيجوز أن يكون صاحب القليل عند الأفراد يستحق الجميع وإذا انضم اليه صاحب الكثير يتفاوتان كالابن فإنه يستحق جميع التركة عند انفراده والثلاثين مع البنت وأجيب بأن الهيئة الاجتماعية مطلقة تستلزم ذلك أو التي لم تجتمع من عشرين مستقلين والاول عن ذنوع والثاني مسلم ولكن ما نحن فيه من عشرين مستقلين والهيئة الاجتماعية منها لا تستلزم زيادة والارز ترجح بكثرة العلة وليس يصح ألا ترى أن الشاهدين والاربعة سواء لم تستلزم الهيئة الاجتماعية زيادة ومسئلة المبرات ليست مما نحن فيه اذ لم يجتمع في الابن علتان ان ضمت احدهما الى الأخرى فاستلزمت الزيادة وانما ذلك باعتبار تفاوت في عصوبته يجعل الشارع كذلك من حيث الحالتان وقوله (وتعالى ملك غيره) جواب عن جعله الشفعة من ثمرات الملك يعني أن التملك لا يجعل الشفعة من ثمرات ملكه كالأب فان له التمكن من تملك جارية ابنه ولا يعد ذلك من ثمرات ملكه

(قوله وعورض بأن الهيئة الاجتماعية قد تستلزم ما لا يستلزمه الافراد الخ) أقول وههنا أيضا كذلك فإنه عند الاجتماع لا يستحق الجميع (قوله يعني أن التمكن من التملك لا يجعل الشفعة من ثمرات ملكه كالأب الخ) أقول فيه بحث

(قوله ولو أسقط بعضهم) يعني وإذا اجتمع الشفعاء واسقط بعضهم حقه فلا يخلو إما أن يكون قبل القضاء له بجهة أو بعده فإن كان قبله فالشفعة للباقي في الكل على عددهم دون أنصابتهم كما تقدم لأن السبب في حق كل واحد منهم كامل كما تقدم والاتفاص كان للزوجة وقد انقطعت بالتسليم ولو كان البعض غائباً بقضي بهما بين الحاضر بن علي عددهم لأن الغائب لعله لا يطلب يعني قد يطلب وقد لا يطلب فلا يتولد حق الحاضرين بالشك وإن قضى للحاضر بالجميع ثم حضراً آخر وطلبها بقضي له بالنصف فإن حضر ثالث فبثلث ما في يد كل واحد منهم ما تحققت التسوية وإن كان بعد القضاء له فليس إلا آخر أن يأخذ الا النصف لأن القاضي لما قضى بينهما صار كل واحد منهما مقضياً عليه من جهة صاحبه فيما قضى به لصاحبه والمقضى عليه (٤١٥) في قضية لا يصير مقضياً له

فيها ولا فرق في هذين ما استووا في سببها وبين ما يكون بعضهم أقوى كالشريك مع الجار وكذا لو سلم أي أصبر بعد ما قضى له بالجميع لا يأخذ القادم الا النصف وهو مسألة

الكتاب لأن قضاء القاضي بالكل للحاضرة قطع حق الغائب عن النصف بخلاف ما قبل القضاء قال (والشفعة تجب بعد البيع) وهو يوهى أن الباء للسمية فيكون سببها العقد وليس كذلك (لأن سببها الاتصال على ما بينا) يعني في قوله ولنا أنهم استووا في سبب الاستحقاق وهو الاتصال وهذا قول عامة المشايخ لأنها إنما تجب لدفع ضرر الدخيل عن الأصل بسوء المعاملة والمعاشرة والضرر إنما يتحقق باتصال ملك البائع بملك الشفيع ولهذا قلنا بثبوتها للشريك في حقوق المبيع والجار لتحقيق ذلك اهـ (أقول) في قولهم والضرر إنما يتحقق باتصال ملك البائع بملك الشفيع مناقشة لانهم إن أرادوا بذلك أن الضرر إنما يتحقق بمجرد اتصال ملك البائع بملك الشفيع يلزمهم أن يتحقق الضرر للشفيع قبل أن يبيع البائع ملكه لتحقيق اتصال ملكه بملك الشفيع قبل البيع فيلزمهم أن تجب الشفعة قبله أيضاً لدفع ذلك الضرر وليس كذلك قطعاً وإن أرادوا به أن الضرر إنما يتحقق بمدخلة اتصال ملك البائع بملك الشفيع فهذا لا ينافي مدخلة البيع أيضاً فلا يلزم أن يكون سببها هو الاتصال كما ادعوا فليأمل ثم قال صاحب العناية ورد بأنه لو كان الاتصال هو السبب لجاز تسليمها قبل البيع لوجوده بعد السبب ألا يرى أن الإبراء عن سائر الحقوق بعد وجود سبب الوجوب صحيح وأجيب بأن البيع شرط ولا وجود للشرط قبله ورد بأنه لا اعتبار لوجود الشرط بعد تحقق السبب في حق صحة التسليم كاداء الزكاة قبل الحول واسقاط الدين المؤجل قبل حلول الاجل والجواب أن ذلك شرط الوجوب ولا كلام فيه وانما هو في شرط الجواز وامتناع المشروط قبل تحقق الشرط غير خاف على أحد (أقول) لقائل

ولو أسقط بعضهم حقه فهي الباقي في الكل على عددهم لأن الاتفاص للزوجة مع كل السبب في حق كل واحد منهم وقد انقطعت ولو كان البعض غائباً بقضي بهما بين الحاضر بن علي عددهم لأن الغائب لعله لا يطلب وإن قضى للحاضر بالجميع ثم حضراً آخر يقضي له بالنصف ولو حضر ثالث فبثلث ما في يد كل واحد تحققت التسوية ولو سلم الحاضر بعد ما قضى له بالجميع لا يأخذ القادم الا النصف لأن قضاء القاضي بالكل للحاضر يقطع حق الغائب عن النصف بخلاف ما قبل القضاء قال (والشفعة تجب بعد البيع) ومعناه بعده لأنه هو السبب لان سببها الاتصال على ما بينا

لا يخفى (قوله والشفعة تجب بعد البيع ومعناه بعده) أقول كون معناه بعده محل كلام من حيث العربية فإن مجي الباء بمعنى بعد لم يذ كر في مشاهير كتب العربية فالظاهر أن تكون الباء في قوله تجب بعد البيع بمعنى مع لصاحبه والمقارنة فانه كثير شائع مذ كور في عامة معتبرات كتب الادب والمعنى المقصود ههنا يحصل به أيضاً بلا كلفة كالا يخفى على الفطن التأمل فلا مقتضى للعدول عنه (قوله لأنه هو السبب لان سببها الاتصال على ما بينا) يعني في قوله ولنا أنهم استووا في سبب الاستحقاق وهو الاتصال كما ذ كر في العناية وكثير من الشروح أو في قوله لان الاتصال على هذه الصفة إنما انتصب سبباً فيه لدفع ضرر الجوار كما ذ كر في الكفاية قال صاحب العناية وهذا قول عامة المشايخ لأنها إنما تجب لدفع ضرر الدخيل عن الأصل بسوء المعاملة والمعاشرة والضرر إنما يتحقق باتصال ملك البائع بملك الشفيع ولهذا قلنا بثبوتها للشريك في حقوق المبيع والجار لتحقيق ذلك اهـ (أقول) في قولهم والضرر إنما يتحقق باتصال ملك البائع بملك الشفيع مناقشة لانهم إن أرادوا بذلك أن الضرر إنما يتحقق بمجرد اتصال ملك البائع بملك الشفيع يلزمهم أن يتحقق الضرر للشفيع قبل أن يبيع البائع ملكه لتحقيق اتصال ملكه بملك الشفيع قبل البيع فيلزمهم أن تجب الشفعة قبله أيضاً لدفع ذلك الضرر وليس كذلك قطعاً وإن أرادوا به أن الضرر إنما يتحقق بمدخلة اتصال ملك البائع بملك الشفيع فهذا لا ينافي مدخلة البيع أيضاً فلا يلزم أن يكون سببها هو الاتصال كما ادعوا فليأمل ثم قال صاحب العناية ورد بأنه لو كان الاتصال هو السبب لجاز تسليمها قبل البيع لوجوده بعد السبب ألا يرى أن الإبراء عن سائر الحقوق بعد وجود سبب الوجوب صحيح وأجيب بأن البيع شرط ولا وجود للشرط قبله ورد بأنه لا اعتبار لوجود الشرط بعد تحقق السبب في حق صحة التسليم كاداء الزكاة قبل الحول واسقاط الدين المؤجل قبل حلول الاجل والجواب أن ذلك شرط الوجوب ولا كلام فيه وانما هو في شرط الجواز وامتناع المشروط قبل تحقق الشرط غير خاف على أحد (أقول) لقائل

المبيع والجار لتحقيق ذلك ورد بأنه لو كان السبب لجاز تسليمها قبل البيع لوجوده بعد السبب ألا ترى أن الإبراء عن سائر الحقوق بعد وجود سبب الوجوب صحيح وأجيب بأن المبيع شرط ولا وجود للشرط قبله ورد بأنه لا اعتبار لوجود الشرط بعد تحقق السبب في حق صحة التسليم كاداء الزكاة قبل الحول واسقاط الدين المؤجل قبل حلول الاجل والجواب أن ذلك شرط الوجوب ولا كلام فيه وانما هو في شرط الجواز وامتناع المشروط قبل تحقق الشرط غير خاف على أحد

(قوله لأنها إنما تجب لدفع ضرر الدخيل الى قوله والضرر إنما يتحقق الخ) أقول فيه تأمل (قوله ولا كلام فيه وانما هو في شرط الجواز) أقول قوله هو راجع الى كلام

(قوله والوجه فيه) أى فى هذا التأويل (٤١٦) (أن الشفعة إنما تجب إذا رغب البائع عن ملك الدار) ورغبته عنه أمر خفى لا يطلع عليه

والوجه فيه أن الشفعة إنما تجب إذا رغب البائع عن ملك الدار والبيع يعرفها ولهذا يكتفى بثبوت البيع فى حقه حتى يأخذها الشفعى إذا أقر البائع بالبيع وإن كان المشتري يكذبه قال (وتستقر بالأشهاد ولا بد من طلب الموائبة) لأنه حق ضعيف يبطل بالأعراض فلا بد من الأشهاد والطلب ليعلم بذلك رغبته فيه دون اعراضه عنه

أن يقول امتناع تحقيق المشروط قبل تحقق الشرط ضرورى سواء كان المشروط هو الجواز أو الوجوب فإذا كان عدم تحقق شرط الجواز مانعا عن اتصال السبب بالمحل كما قالوا لزم أن يكون عدم تحقق شرط الوجوب أيضا مانعا عن ذلك فلمن أن لا يكون الواجب متأديا بأداء الزكاة قبل الحول لعدم تحقق شرط الوجوب قبله وكذا الحال فى إسقاط الدين المؤجل قبل حلول الأجل مع أن المصرح به فى موضعه خلاف ذلك ثم أقول يمكن أن يجاب بأن المراد بالوجوب فى قوله أن ذلك شرط الوجوب وجوب الاداء دون نفس الوجوب فإن نفس وجوب الزكاة يتحقق بملك النصاب النامى وحولان الحول انما هو شرط وجوب أدائها كما صرحوا به فى كتاب الزكاة وكذا حلول الأجل فى الديون المؤجلة انما هو شرط وجوب أدائها لا شرط نفس وجوبها واللازم أن لا يتحقق وجوب الاداء قبل الحول وقبل حلول الأجل ولا يلزم منه أن لا يكون الواجب بنفس الوجوب متأديا بأداء الزكاة قبل حلول الحول وبأداء الدين قبل حلول الأجل والمصرح به فى موضعه انما هو تأدى الواجب بنفس الوجوب لا غير (قوله والوجه فيه أن الشفعة إنما تجب إذا رغب البائع عن ملك الدار والبيع يعرفها) أى يعرف رغبة البائع عن ملك الدار وفسر صاحب العناية ضمير فيه فى قوله والوجه فيه بهذا التأويل حيث قال والوجه فيه أى فى هذا التأويل وتبعه العيني (أقول) لا يذهب على ذى فطرة سليمة أنه لا مدخل للتأويل الذى ذكره المصنف بقوله ومعناه بعده لأنه هو السبب فى جريان هذا الوجه اذ هو جار بعينه على تقدير أن يكون معنى كلام القصدورى أن البيع هو السبب كما لا يخفى على القطن فلا حاجة الى بناء هذا الوجه على ذلك التأويل بأرجاع ضمير فيه اليه بل لوجهه عند التحقيق لأن المصنف علل تأويله المذکور بقوله لأن سببها الاتصال على ما بيناه فقام معنى أن يكون قوله والوجه فيه تعليلا له بعد ذلك فالحق أن قوله والوجه فيه الخ متصل بأول الكلام وهو قوله والشفعة تجب بعقد البيع ومن عاذا المصنف أنه اذا كان فى عبارة المسئلة عقدة يحلها ثم يذ كر دليل المسئلة وهى انما أيضا فعل ذلك (قوله ولهذا يكتفى بثبوت البيع فى حقه حتى يأخذها الشفعى إذا أقر البائع بالبيع وإن كان المشتري يكذبه) أقول فيه تأمل اذ قد تقرر فيما مر أن علة ثبوت حق الشفعة عندنا انما هى دفع ضرر الدخيل عن الاصيل بسوء المعاملة والمعاشرة والظاهر أن ذلك الضرر انما يتحقق عند ثبوت البيع فى حق المشتري لأنه هو الدخيل لا عند ثبوته فى حق البائع مع تكذيبه المشتري لأن البائع أصيل كالشفيع فمن أين يتحقق ضرر الدخيل عند عدم ثبوت البيع فى حق المشتري حتى ثبت حق الشفعة لدفع ذلك الضرر تفكر قال فى العناية وفوقه بما اذا باع بشرط الخيار أو وهب وسلم فإن الرغبة عنه قد عرفت وليس للشفيع الشفعة وأجيب بأن فى ذلك تردد البقاء الخيار للبائع بخلاف الاقرار فانه يخبر به عن انقطاع ملكه عنه بالكلية فعمول به كما زعمه والهبة لا تدل على ذلك اذ غرض الواهب المكافأة ولهذا كان له الرجوع فلا يقطع عنه حقه بالكلية قال (وتستقر بالأشهاد) للشفعة أحوال استحقاق وهو بالاتصال بالملك بشرط البيع كما تقدم واستقرار وهو بالأشهاد وهو يعتمد الطلب ولا بد من طلب الموائبة أى من طلب الشفعة على المسارعة قضى فى الطلب الى الموائبة لتلبسه بها لانه أى الشفعة ذكر الضمير نظرا الى حق يبطل بالأعراض قال عليه الصلاة والسلام الشفعة كحل العقال ان قيد ثابت وهو كتابة عن سرعة السقوط وكل ما هو كذلك لا بد من دليل يدل على أنه أعرض عنه أو دام عليه والأشهاد والطلب يدلان على الدوام فلا بد منهما

وله دليل ظاهر وهو البيع فى مقام مقامه والحاصل أن الاتصال بالملك سبب والرغبة عن الملك شرط والبيع دليل على ذلك قائم مقامه بدليل أن البيع اذا ثبت فى حق الشفعى باقرار البائع به صرحه أن يأخذها وإن كذبه المشتري وفوقه بما اذا باع بشرط الخيار له أو وهب وسلم فإن الرغبة عنه قد عرفت وليس للشفيع الشفعة وأجيب بأن فى ذلك تردد البقاء الخيار للبائع بخلاف الخيار فانه يخبر به عن انقطاع ملكه عنه بالكلية فعمول به كما زعمه والهبة لا تدل على ذلك اذ غرض الواهب المكافأة ولهذا كان له الرجوع فلا يقطع عنه حقه بالكلية قال (وتستقر بالأشهاد) للشفعة أحوال استحقاق وهو بالاتصال بالملك بشرط البيع كما تقدم واستقرار وهو بالأشهاد وهو يعتمد الطلب ولا بد من طلب الموائبة أى من طلب الشفعة على المسارعة قضى فى الطلب الى الموائبة لتلبسه بها لانه أى الشفعة ذكر الضمير نظرا الى حق يبطل بالأعراض قال عليه الصلاة والسلام الشفعة كحل العقال ان قيد ثابت وهو كتابة عن سرعة السقوط وكل ما هو كذلك لا بد من دليل يدل على أنه أعرض عنه أو دام عليه والأشهاد والطلب يدلان على الدوام فلا بد منهما

عن

(قوله ادغرض الواهب المكافأة) أقول فيه شئ فانه لا يمتشى ذلك فى الهبة للقريب المحرم وفى أخذ الواهب العوض

ولانه يحتاج الى اثبات طلبه عند القاضي ولا يمكنه الا بالاشهاد قال (وتلك بالاخذ اذا سلمها المشتري أو حكم بها الحاكم) لان الملك للمشتري قد تم فلا ينتقل الى الشفيع الا بالتراضي أو قضاء القاضي كما في الرجوع والهبة وتظهر فائدة هذا فيما اذا مات الشفيع بعد الطلبين وباع داره المستحق بها الشفعة أو بيعت دار يجنب الدار المشفوعة قبل حكم الحاكم أو تسليم الخصم لا تورث عنه في الصورة الاولى وتبطل شفعته في الثانية ولا يستحقها في الثالثة لانعدام الملك ثم قوله يجب بعقد البيع بيان أنه لا يجب الا عند معاوضة المال بالمال على ما بينه ان شاء الله تعالى والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب

ولانه يحتاج الى اثبات طلبه عند القاضي ولا يمكنه الا بالاشهاد وتلك وهو انما يكون بالاخذ اما بتسليم المشتري أو بقضاء القاضي ودليله المذكور ظاهر وقوله (وتظهر فائدة هذا) أي توقف الملك في الدار المشفوعة بعد الطلبين الى وقت أخذ الدار بأحد الامرين المذكورين وقوله (يعني في الصورة الاولى) اذا مات الشفيع لانه لم يملكها فلا تورث عنه وقوله (في الثانية) يعني اذا باع داره لوال السبب وهو الاتصال قبل ثبوت الحكم وقوله (في الثالثة) يعني اذا بيعت دار يجنب الدار المشفوعة لانه لم يملك المشفوعة فكيف يملك بها غيرها وقوله (ثم قوله يجب بعقد البيع) يعني قول القدوري رحمه الله والله أعلم

عن ملكه الا يرى أن غرض البائع أيضا المكافاة بالثمن مع أنه لا ينافي رغبته عن المبيع بل يدل عليها كما ذكرنا وان كان مداره على صحة الرجوع للواهب وعدم انقطاع حقه عن الموهوب بالكلية لا يدفع النقض بالهبة التي لا يصح الرجوع فيها كما اذا وهب لقربيه المحرم أو لزوجته وأخذ العوض عنها بغير شرط في العقد إذ غير ذلك مما يتحقق فيه المانع عن الرجوع فان في هذه الصورة لا يصح رجوع الواهب وينقطع حقه عن الموهوب بالكلية كانهقطاع حق البائع عن المبيع مع أنه لا شفعة فيها فبقي النقض بها (قوله) ولانه يحتاج الى اثبات طلبه عند القاضي ولا يمكنه الا بالاشهاد) أقول فيه شيء وهو ان احتياجه الى اثبات طلبه عند القاضي انما هو اذا أنكر المشتري طلبه وأما اذا لم ينكره فلا احتياج الى ذلك فعلى مقتضى هذا التعليل ينبغي ان لا تبطل الشفعة بتلك الاشهاد فيما اذا لم ينكر الخصم طلبه مع أن الظاهر من كلماتهم بطلانها بترك ذلك مطلقا فان قلت وقت الاشهاد مقدم على وقت الخصومة ففي وقت الاشهاد انكار الخصم طلبه وعدم انكاره اياه غير معلوم فان ترك الاشهاد في ذلك الوقت لم يعلم رغبته فيه بل يحتمل اعراضه عنه فلهذا تبطل الشفعة بتلك الاشهاد مطلقا فان هذا ما شير الى التعليل الاول ولا كلام فيه وانما الكلام في أن التعليل الثاني هل يصلح أن يكون دليلا مستقلا ههنا كما يقتضيه قول المصنف ولانه يحتاج اليه الى آخره (قوله وتلك بالاخذ اذا سلمها المشتري أو حكم بها الحاكم) أقول في عبارة الكتاب ههنا قصور من وجهين أحدهما أن قوله أو حكم بها الحاكم عطف على سلمها المشتري وقد وقع المعطوف عليه في حيز الاختلاف كان الاخذ معتبرا في التسليم فلزم أن يكون معتبرا في حكم الحاكم أيضا على مقتضى العطف ان قد تقرر في علم الادب أن المعطوف في حكم المعطوف عليه في كل أمر يجب للمعطوف عليه بالنظر الى ما قبله مع أن الملك ثبت للشفيع بحكم الحاكم قبل أخذه الدار على ما نصوا عليه حيث قال في الكافي بعد قوله أو حكم بها الحاكم فانه ثبت الملك بحكمه وان لم يأخذ الدار وقال في شرح الكتلان يلى أي تلك الدار المشفوعة بأحد امرين اما بالاخذ اذا سلمها المشتري برضاه أو بحكم الحاكم من غير أخذ وقال صدر الشريعة في شرح قول صاحب الوفاة وتلك بالاخذ بالتراضي أو بقضاء القاضي قوله بقضاء القاضي عطف على الاخذ لا على التراضي لان القاضي اذا حكم ثبت الملك للشفيع قبل أخذه انتهى وكان صاحب العناية غافل عن ذلك حيث قال وهو أي التملك انما يكون بالاخذ اما بتسليم المشتري أو بقضاء القاضي فانه صريح في اعتبار الاخذ في قضاء القاضي أيضا وانما فهم ما أن تسليم الدار المشفوعة ليس بوظيفة المشتري دائما فان المصنف صرح فيما مر آنفا بأنه يكتب في ثبوت البيع في حق البائع حتى يأخذها الشفيع اذا أقر البائع بالبيع وان كان المشتري يكذب ففي هذه الصورة انما يسلمها البائع دون المشتري فكان الاحق بالمقام أن يقال اذا سلمها الخصم بدل قوله اذا سلمها المشتري ليشمل تسليم المشتري وتسليم البائع كما قال المصنف فيما بعد قبل حكم الحاكم أو تسليم الخصم تبصر

لما ثبتت الشفعة بدون الطلب (٤١٨) شرع في بيانه وكيفيته وتقسيمه قال (واذا علم الشفيع بالبيع) كلامه ظاهر

(باب طلب الشفعة والخصومة فيها)

قال (واذا علم الشفيع بالبيع أشهد في مجلسه ذلك على المطالبة) اعلم أن الطلب على ثلاثة أوجه طلب الموائبة وهو أن يطلبها كإعلم حتى لو بلغ الشفيع البيع ولم يطلب شفعة بطلت الشفعة لما ذكرنا وقوله عليه الصلاة والسلام الشفعة لمن واثبها ولو أخبر بكتاب والشفعة في أوله وفي وسطه ونقر الكتاب إلى آخره بطلت شفيعته وعلى هذا إجماع المشايخ وهو رواية عن محمد وعنه أن له مجلس العلم والروايتان في النوادر وبالثمانية أخذ الكرخي لأنه لما ثبت له خيار التملك لابد له من زمان التأمل كما في الخيرة ولو قال بعد ما بلغه البيع الحمد لله أو لا حول ولا قوة الا بالله أو قال سبحان الله لا تسئل شفيعته لأن الأول جدد على التماس من جواره والثاني يجب منه لقصد ضراره والثالث لاقتتاج كلامه فلا يدل شيء منه على الاعراض وكذا إذا قال من ابتاعها وبكم بيعت لأنه يرغب فيها بن دون عن ويرغب عن مجاورة بعض دون بعض والمراد بقوله في الكتاب أشهد في مجلسه ذلك على المطالبة طلب الموائبة والاشهاد فيه ليس بلام انما هو لئني التجاهد والتقيد بالمجلس إشارة إلى ما اختاره الكرخي وبصح الطلب

(باب طلب الشفعة والخصومة فيها)*

لما ثبتت الشفعة بدون الطلب شرع في بيانه وكيفيته وتقسيمه كذا في عامة الشروح (أقول) هذا بيان من الشراح لوجه ذلك الشرط الأول من شطري عنوان الباب وهو طلب الشفعة ولم يتعرض أحد منهم لوجه ذلك الشرط الثاني منهما وهو قوله والخصومة فيها ولعل وجهه أنه لما كان للخصومة في الشفعة شأن مخصوص وتفاسير زائدة على سائر الخصومات كما ستظهر شرع في بيانها أيضاً أصالة (قوله اعلم أن الطلب على ثلاثة أوجه طلب الموائبة وهو أن يطلبها كإعلم حتى لو بلغه البيع ولم يطلب بطلت شفيعته لما ذكرنا) قال الشراح قوله لما ذكرنا إشارة إلى قوله قبل الباب لأنه حق ضعيف يبطل بالأعراض فلا بد من الأشهاد والطلب ليعلم بذلك رغبته فيه دون اعراضه عنه (أقول) فلتأمل أن يقول ما ذكره هناك كإعلم على لزوم طلب الموائبة بدل أيضاً على لزوم الأشهاد فيه حيث قال فلا بد من الأشهاد والطلب وسأني التصريح منه بأن الأشهاد فيه ليس بلام انما هو لئني التجاهد والجواب أن المراد بالأشهاد المذكور هناك هو الذي في طلب التقرير بدون طلب الموائبة يرشد إليه تفهيم الأشهاد على الطلب في قوله فلا بد من الأشهاد والطلب اذ لو كان المراد بالأشهاد هناك هو الأشهاد على طلب الموائبة لكان ذلك كإعلم بعدد لفوا لا يتصور الأشهاد على طلب الموائبة بدون تحقق نفس ذلك الطلب ويدل عليه قوله فيبطل ذلك وتستقر بالأشهاد إذا الشفعة لا تستقر إلا بعد طلب التقرير والأشهاد على مقتضى ماسا في في الكتاب فلا تنافي بين كلامي المصنف (قوله وقوله عليه الصلاة والسلام الشفعة لمن واثبها) أقول في وجه الاستدلال بهذا الحديث نوع اشكال لأن كان مداره على نفي الشفعة عن ثبوتها بطريق مفهوم المخالفة فنحن لا نقول بفهوم المخالفة فكيف يكون حجة تناوان كان مداره على أن لام الجنس في الشفعة ولام الاختصاص في لمن واثبها ندلان على اختصاص الشفعة بمن واثبها كما قالوا في الحديث ان لامي الجنس والاختصاص دلنا على اختصاص الحمد لله تعالى فإرد علينا النقص بقوله صلى الله عليه وسلم الشفعة أشرك لم يقاسم كما ذكر في صدر هذا الكتاب اذ يلزم حينئذ أن يدل ذلك أيضاً على نفي الشفعة عن ليس بشريك لم يقاسم مع أن الشفعة ثابتة عندنا لغير الشريك أيضاً كالجوار الملاقى فتأمل (قوله والمراد بقوله في الكتاب أشهد في مجلسه ذلك على المطالبة طلب الموائبة والأشهاد فيه ليس بلام انما هو لئني التجاهد) قال صاحب النهاية وذلك

لا يحتاج إلى بيان سوى ألفاظ تنبيه عليها (طلب الموائبة) معنى بها تبركاً بلفظ الحديث الشفعة لمن واثبها أي طلبها على وجه السرعة والمبادرة (قوله وهو أن يطلبها كإعلم) أي من غير توقف سواء كان عنده ما يسان أو لم يكن وقوله (لما ذكرنا) إشارة إلى قوله قبل الباب لأنه حق ضعيف وقوله (والأشهاد فيه ليس بلام انما هو لئني التجاهد) يعني رعاي محمد انحصم فيحتاج إلى الشهود وتحقيقه أن طلب الموائبة ليس لاثبات الحق وانما شرط ليعلم أنه غير معرض عن الشفعة والأشهاد في ذلك ليس بشرط

(باب طلب الشفعة)*

قال المصنف (لأنه لما ثبت له خيار التملك لابد له من زمان التأمل كما في الخيرة) أقول بتحقيقه أن الشرع أوجب له حق التملك ببدل ولو أوجب البائع له ذلك بإيجاب البيع كان له خيار القبول مادام في مجلسه فهذا مثله كذا في شرح الكاكي والفاريق ظاهر فان الشفيع لا يملكه بطلب الموائبة فقط بل بالاختصاص بالراضى أو بقضاء القاضى فله بعد طلب الموائبة زمان التأمل بخلاف المشتري عند إيجاب البائع والخيرة

وقوله (بكل لفظ يفهم منه طلب الشفعة) قال محمد بن الفضل البخاري لو قيل لقرى ببيع أرض بجنب أرضك فقبل شفعة شفعة كان ذلك طلبا منه صحبا ومن الناس من قال اذا قال الشفيع طلبت الشفعة وأخذتها بطلت شفعتها لان كلامه وقع كدباني ابتداء فكان كالسكون والصحيح أنه لا يبطل لانه انشاء عرفا ومنهم من قال لو قال أطلب وأخذ (٤١٩) بطل لانه عدة محض والمختار ما ذكره

المصنف وقوله (وأصل الاختلاف في عزل الوكيل وقد ذكرناه الخ) اشارة الى ما ذكره في آخر فصل القضاء بالمواريث وهو من فصول كتاب أدب القاضي وأراد بأخواته المولى اذا أخبر بجنابة عبده والشفيع والبكر والمسلم الذي لم يهاجر اليها وقوله (بخلاف الخيرة اذا أخبرت عنده) أى عند أى خنيقة يعنى أن المرأه اذا أخبرت بأن زوجها أخبرها في نفسها ثبت لها الخيار عدلا كان الخبر أو غيره فان اختارت نفسها في مجلسها وقع الطلاق والافلا لما ذكر أنه ليس فيه الزام حكم حتى يشترط فيه أحد شرطى الشهادة

قال المصنف (لان الاعتبار للعنى) أقول والمعنى المراد من الاول انشاء الطلب لا الخبر منه ليكون كدبا وكذا الثاني وليس بعده على ما زعموا قال المصنف (ويشهد على البائع الخ) أقول قال الاتقاني وينبغى أن يذهب الى أقربهم حتى لو

بكل لفظ يفهم منه طلب الشفعة كالمو قال طلبت الشفعة أو أطلبها أو أطلبها لان الاعتبار للعنى واذا بلغ الشفيع بيع الدار لم يجب عليه الاشهاد حتى يخبره رجلا أو رجلا واحدا أو واحد عدل عنده أبى خنيقة وقال يجب عليه أن يشهد اذا أخبره واحد حرا كان أو عبدا صيبا كان أو امرأة اذا كان الخبر حقا وأصل الاختلاف في عزل الوكيل وقد ذكرناه بدلائله وأخواته فيما تقدم وهذا بخلاف الخيرة اذا أخبرت عنده لانه ليس فيه الزام حكم وبخلاف ما اذا أخبره المشتري لانه خصم فيه والعلة دالة غير معتبرة في الخصوم والثاني طلب التقرير بالاشهاد لانه محتاج اليه لاثباته عند القاضي على ما ذكرناه لا يمكنه الاشهاد ظاهرا على طلب الموائبة لانه على فور العلم بالشراء فيحتاج بعد ذلك الى طلب الاشهاد والتقرير ببيانه ما قال في الكتاب (ثم ينقض منه) يعنى من المجلس (ويشهد على البائع ان كان المبيع في يده) معناه لم يسلم الى المشتري

لان طلب الموائبة ليس لاثبات الحق وانما شرط هذا الطلب ليعلم أنه غير معرض عن الشفعة وغير راض بجوار هذا الدخيل والاشهاد ليس بشرط فيه اه واقتضى أثره صاحب العناية وعدم تحقيقه حيث قال وتحقيقه أن طلب الموائبة ليس لاثبات الحق وانما شرط ليعلم أنه غير معرض عن الشفعة والاشهاد في ذلك ليس بشرط اه (أقول) لقائل أن يقول طلب التقرير والاشهاد أيضا ليس لاثبات الحق بل ليعلم أنه غير معرض عن الشفعة وانما الذى لاثبات الحق طلب الخصومة مع أن الاشهاد في طلب التقرير لازم على ما يقتضيه كلام المصنف في بيان طلب التقرير والاشهاد فيما بعد فكان ذلك الوجه الذى عنده صاحب العناية تحقيقا منقوضا لزوم الاشهاد في طلب التقرير كما ترى فان قلت لزوم الاشهاد في طلب التقرير لانه يحتاج الى اثبات طلبه عند القاضي ولا يمكنه الا بالاشهاد كما ذكره المصنف فيما قبل الباب وسأبقى ذكره مرة أخرى في بيان طلب التقرير والاشهاد في هذا الباب قلت ذلك انما يكون وجهها لزوم الاشهاد في طلب التقرير وهو لا يدفع انتقاض الوجه الذى ذكره الشارح ان المزبوران لعدم لزوم الاشهاد في طلب الموائبة بلزومه في طلب التقرير كما بيناه وكلامنا في هذا الوجه على أن في ذلك الوجه أيضا كلاما لانه ان أريد أنه يحتاج الى اثبات طلبه عند القاضي كأن اعترف به الخصم فهو ممنوع وان أريد أنه يحتاج الى اثباته عند التجاهد فكذلك الحال في طلب الموائبة أيضا * ثم أقول يمكن أن يمنع لزوم الاشهاد في طلب التقرير أيضا بناء على ما ذكره الامام قاضى خنجان في فتاواه حيث قال وانماسمى الثاني طلب الاشهاد لان الاشهاد شرط بل يمكنه اثبات الطلب عند جحد الخصم اه فانه يدل على أن الاشهاد في طلب التقرير أيضا ليس بال لازم بل انما هو لتفى التجاهد كما في طلب الموائبة وبناء على ما ذكره صاحب البدائع حيث قال وأما الاشهاد على هذا الطلب فليس بشرط وانما هو لتوقعه على تقدير الانتكار كما في الطلب الاول اه فحينئذ كان الوجه الذى ذكره الشارح ان المزبوران سالما من الانتقاض كما لا يخفى (قوله وقال يجب عليه أن يشهد اذا أخبره واحد حرا كان أو عبدا صيبا أو امرأة اذا كان الخبر حقا) أقول في التقييد بقوله اذا كان الخبر حقا ضرب اشكال لان الكلام فيما اذا بلغ الشفيع بيع الدار بالاخبار وفي ذلك انما يحصل له العلم بكون الخبر حقا بسبب الوثوق باخبار مخبره والظاهر أن مدار ترك الاقرب وذهب الى الابد وأشهد على الطلب يبطل حقه قالوا هذا اذا كافوا على طريق واحد فاما اذا كانت الطرق مختلفة في الذهاب اليهم لا يبطل حقه بالذهاب الى الابد لأنه ربما يكون به عذر في طريق لا يكون ذلك في طريق آخر كذا في شرح الكافي اه ثم نقل عن الفتاوى الصغرى أن الشفيع اذا ترك الاقرب وطلب عند الا بعد فان كان الشفيع أو الابد خارج المصر تبطل الشفعة وان كان كلاهما في المصر لا تبطل استحسانا اه

ترك الاقرب وذهب الى الابد وأشهد على الطلب يبطل حقه قالوا هذا اذا كافوا على طريق واحد فاما اذا كانت الطرق مختلفة في الذهاب اليهم لا يبطل حقه بالذهاب الى الابد لأنه ربما يكون به عذر في طريق لا يكون ذلك في طريق آخر كذا في شرح الكافي اه ثم نقل عن الفتاوى الصغرى أن الشفيع اذا ترك الاقرب وطلب عند الا بعد فان كان الشفيع أو الابد خارج المصر تبطل الشفعة وان كان كلاهما في المصر لا تبطل استحسانا اه

وقوله (أوعلى المبتاع) يعنى المشتري (أوعند العقار) قال شيخ الاسلام الشفيع انما يحتاج الى طلب الاشهاد بعد طلب الموائبة اذا لم يمكنه الاشهاد عند طلب الموائبة (٤٣٠) بأن سمع الشراء حال غيبته عن المشتري والبائع والدار أما اذا سمع الشراء

بحضرة أحد هؤلاء فطلب الموائبة وأشهد على ذلك فذلك يكفيه ويقوم مقام الطلبين فان ترك الأقرب من هذه الثلاثة وقصد الأبعد وكانوا في مصر واحد بطلت الشفعة قياسا ولم تبطل استحصانا لأن نواحي مصر جعلت كناحية واحدة ولو كان أحدهم في مصر والآخران في مصر آخرأ وفي رستاق هذا المصر فترك الأقرب الى الأبعد بطلت قياسا واستحصانا ثم مدة هذا الطلب مقدرة بالتمكن من الاشهاد عند حضرة أحد هؤلاء حتى لو تمكن ولم يطلب بطلت شفيعته وقوله (ولا يسقط بتأخير هذا الطلب) يريد به الطلب الثالث وهو طلب الخصومة وانما قال معناه اذا تركها من غير عذر لانهم أجعوا على أنه اذا تركه بغير عذر حبس أو غير ذلك ولم يمكنه التوكيل بهذا الطلب لا تبطل شفيعته وان طالت المدة (قوله وما ذكر من الضرر) جواب عن قول محمد يعنى أن الشفيع اذا كان غائبا لم تبطل شفيعته بتأخير هذا الطلب بالاتفاق ولا فرق في حق المشتري بين الحضر والسفر في لزوم

(أوعلى المبتاع أو عند العقار) فاذا فعل ذلك استقرت شفيعته (وهذا لأن كل واحد منهم ما خصم فيه لأن الأول اليد والثاني المالك وكذا يصح الاشهاد عند المبيع لأن الحق متعلق به فان سلم البائع المبيع لم يصح الاشهاد عليه بخلاف وجهه من أن يكون خصما لا يملكه ولا ملك فصار كالأجنبي وصورة هذا الطلب أن يقول ان فلانا اشترى هذه الدار وأنا شفيعها وقد كنت طلبت الشفعة وأطلبها الآن فاشهدوا على ذلك وعن أبي يوسف أنه يشترط تسمية المبيع وتحديد المطلبية لا تصح الا في معلوم والثالث طلب الخصومة والتملك وسند كوكيفيته من بعد ان شاء الله تعالى قال (ولا تسقط الشفعة بتأخير هذا الطلب عند أبي حنيفة وهو رواية عن أبي يوسف وقال محمدان تركها شهر اربعة الاشهاد بطلت) وهو قول زفر معناه اذا تركها من غير عذر وعن أبي يوسف انه اذا ترك الخصامة في مجلس من مجالس القاضي تبطل شفيعته لانه اذا مضى مجلس من مجالسه ولم يخصم فيه اختيارا دل ذلك على اعراضه وتسليمه وجه قول محمد انه لم يسقط بتأخير الخصومة منه أبدا يتضرر به المشتري لانه لا يمكنه التصرف حذرا من نقصه من جهة الشفيع فقد رناه بشهر لانه أجل وما دونه عاجل على ما مر في الاعيان ووجه قول أبي حنيفة وهو ظاهر المذهب وعليه الفتوى أن الحق متى ثبت واستقر لا يسقط الا باسقاطه وهو التصريح بلسانه كافي سائر الحقوق وما ذكر من الضرر بشكل بما اذا كان غائبا ولا فرق في حق المشتري بين الحضر والسفر ولو علم انه لم يكن في البلد فاض لا تبطل شفيعته بالتأخير بالاتفاق لانه لا يمكن من الخصومة الا عند القاضي فكان عندنا

الوثوق باخبار محبته فيما اذا كان طريق العلم مختصرا في الاخبار هو حال الخبر كعداته وتعدد محايورث الوثوق باخباره ولهذا اعتبره أبو حنيفة رجاء الله واذا لم يكن شيء من العدد والعدالة شرطاعندهما فبما نحن فيه وفي نظائره كما صرحوا به بل كان خبر الواحد مطلقا كافيا انما معنى تعليق وجوب الاشهاد على الشفيع اذا أخبره واحد مطلقا يكون الخبر حقا ولا طريق للعلم بكونه حقا في صورة هذه المسئلة سوى اخبار الواحد فان أفاد مثل ذلك الاخبار العلم تعين كونه حقا وان لم يفده فلا مجال للعلم بكونه حقا وعلى كل حال لا يرى للتعليق بكونه حقا وجه ظاهر فتفكر ثم اعلم أنه مما يجب التنبيه له أن المراد بالاشهاد ههنا نفس طلب الموائبة لا الاشهاد على ذلك الطلب والابتنم أن يكون قوله ههنا يجب عليه أن يشهد مناقضا لقوله فيما مر والاشهاد فيه ليس بلازم وقد نبه عليه تاج الشريعة عند قول المصنف والاشهاد فيه ليس بلازم حيث قال هذا لا يناقض قوله يجب عليه أن يشهد لأن المراد من الاول الاشهاد على الطلب ومن الثاني طلب الموائبة وأنه واجب على تقدير أن يطلب الشفعة اه وسأني نظير هذا في الكتاب في أول باب ما يبطل به الشفعة فانه لما قال هنالك واذا ترك الشفيع الاشهاد حين علم بالمبيع وهو يقدر على ذلك بطلت شفيعته حمل عامة الشرح الاشهاد المذكور هنالك على نفس طلب الموائبة لثلاث مخالفات ما ذكره المصنف من قبل وذكر في الذخيرة وغيره ما يضاف من أن الاشهاد في طلب الموائبة ليس بلازم وانما هو لنفي التجاحد (قوله وصورة هذا الطلب أن يقول ان فلانا اشترى هذه الدار وأنا شفيعها وقد كنت طلبت الشفعة وأطلبها الآن فاشهدوا على ذلك) أقول في هذا التصور برفع نقصه لانه انما يشي فيما اذا كان الاشهاد عند الدار فان الإشارة بهذه الدار انما تتصور في هذه الصورة والمذكور فيما قبل مجموع الاقسام الثلاثة للاشهاد أعني الاشهاد على البائع أو على المشتري أو عند العقار اللهم

الضرر فكما لا يبطل وهو غائب لا يبطل وهو حاضر نقل في النهاية عن الذخيرة أن الشفيع اذا كان غائبا فعلم بالشراء الا فانه ينبغي أن يطلب طلب الموائبة ثم له من الاجل على قدر المسير الى المشتري والبائع أو الدار المبيعة لطلب الاشهاد فاذا مضى ذلك الاجل وهو قدر المسير الى أحد هذه الاشياء قبل أن يطلب هذا الطلب أو أن يعث من يطلب فلا شفيعته

قال (واذا تقدم الشفيع الى القاضي الخ) هذا هو الموعد بقوله وسند ذكر كفيته من بعد وكلامه ظاهر (قوله لاختلاف أسبابها) لانها على مراتب كما تقدم فلا بد من بيان السبب ليعلم هل هو محجوب بغيره أولا ولا يرجح ما ليس بسبب كالجار المقابل بسبب فانه سبب عند شريح اذا كان اقرب بابا فلا بد من البيان وقوله (تم دعواه) قيل لم يتم بعد بل لابد ان يسأله فيقول هل قبض المشتري المبيع أولا لانه لو لم يقبض لم تصح الدعوى على المشتري ما لم يحضر البائع ثم يسأله عن السبب ثم يقول له متى اخبرت بالشراء وكيف صنعت حين اخبرت به ليعلم ان المدة طالت أولا فان عند أبي يوسف ومحمد اذا طال المدة فالقاضي لا يلتفت (٤٣١) الى دعواه وعليه الفتوى وهذا

لا يلزم المصنف لانه ذكر أن الفتوى على قول أبي حنيفة في عدم البطلان بالتأخير وقيل سألته ثم بعد ذلك سألته عن طلب الاشهاد فاذا قال طلبت حين علمت واخبرت من غير بلت سألته عن طلب الاستقرار فان قال طلبته من غير تأخير سألته عن المطلوب بحضوره هل كان اقرب اليه من غيره فان قال نعم صح دعواه ثم يقبل على المدعي عليه فان اعترف بملكه الذي يشفع به والا كلفه اقامة البينة لان البينة ظاهرا يحتمل أن تكون يده ملك واجارة وعارية والمحتمل لا يكتفي لاثبات الاستحقاق فان اقام فقد نور دعواه وان عجز استخلف المشتري بطلب الشفيع انه لا يعلم أن الشفيع مالك الذي ذكره مما يشفع به لانه ادعى عليه امرأه اقرب بزمه فاذا أنكره لزمه الممين على العلم لكونه استخلفا فعلى ما في غيره

قال (واذا تقدم الشفيع الى القاضي فادعى الشراء وطلب الشفعة سأل القاضي المدعي عليه فان اعترف بملكه الذي يشفع به والا كلفه اقامة البينة) لان البينة ظاهرا محتمل فلا يكتفي لاثبات الاستحقاق قال رحمه الله يسأل القاضي المدعي قبل أن يقبل على المدعي عليه عن موضع الدار وحدودها لانه ادعى حقا فيها فصار كما اذا ادعى رقبته واذا بين ذلك يسأله عن سبب شفعته لاختلاف أسبابها فان قال أنا شفعيها بداري فلا يصحها الا ان تم دعواه على ما قاله الخصاص وذ كر في الفتاوى تحديده هذه الدار التي يشفع بها أيضا وقد ينسأ في الكتاب الموسوم بالتجنيس والمزيد قال (فان عجز عن البينة استخلف المشتري بالله ما يعلم انه مالك الذي ذكره مما يشفع به) معناه بطلب الشفيع لانه ادعى عليه معنى لو اقر بزمه ثم هو استخلاف على ما في يده فيحلف على العلم (فان نكل أو قامت للشفيع بينة ثبت ملكه في الدار التي يشفع بها وثبت الجوار فيعد ذلك سألته القاضي) يعني المدعي عليه (هل ابتاع أم لا فان أنكر الابتاع قبل للشفيع أقم البينة) لان الشفعة لا تجب الا بعد ثبوت البيع وثبوتها بالجهة قال (فان عجز عنها استخلف المشتري بالله ما ابتاع أو بالله ما استحق عليه في هذه الدار شفعة من الوجه الذي ذكره) فهذا على الحاصل والاول على السبب وقد استوفينا الكلام فيه في الدعوى وذ كرنا الاختلاف بتوفيق الله وانما يحلفه على البينة لانه استخلف على فعل نفسه وعلى ما في يده اصاله وفي مثله يحلف على البينة

الا أن يكون المراد مجرد التمثيل دون احاطة الاقسام لكنه لا يدفع التقصير حقيقة فالاولى الجامع للاقسام ما ذكره صاحب الذخيرة حيث قال وصورة هذا الطلب أن يحضر الشفيع عند الدار ويقول ان فلانا اشترى هذه الدار وأنا شفعيها بالجوار بدار حدودها كذا وقد كنت طلبت الشفعة وأنا اطلبها الا أن أيضا فاشهد بذلك أو يحضر المشتري ويقول هذا مشتر من فلان دار التي حدودها كذا وأنا شفعيها بالجوار الى آخر ما ذكرنا أو يحضر البائع ويقول هذا باع من فلان دار التي حدودها كذا الى آخر ما ذكرنا (قوله واذا بين ذلك يسأله عن سبب شفعته لاختلاف أسبابها فان قال أنا شفعيها بداري فلا يصحها تم دعواه) قال صاحب العناية قيل لم يتم بعد بل لابد ان يسأله ويقول هل قبض المشتري المبيع أولا لانه لو لم يقبض لم تصح الدعوى على المشتري ما لم يحضر البائع ثم يسأله عن السبب ثم يقول له متى اخبرت بالشراء ليعلم ان المدة طالت أولا فان عند أبي يوسف ومحمد رجما الله اذا تطاولت فالقاضي لا يلتفت الى دعواه وعليه الفتوى وقال وهذا لا يلزم المصنف لانه ذكر أن الفتوى على قول أبي حنيفة في عدم البطلان بالتأخير ثم قال وقيل ثم بعد ذلك سألته عن طلب الاشهاد فاذا قال طلبت حين علمت اخبرت من غير ابت سألته عن طلب الاستقرار فان قال طلبته من غير تأخير سألته عن المطلوب بحضوره هل

فان نكل ثبت دعوى الشفيع فيعد ذلك يسأل الحاكم المدعي عليه هل ابتاع أم لا فان اقر فذاك وان أنكر قبل للشفيع أقم البينة فان اقامها فذاك (وان عجز عنها استخلف المشتري على انه ما اشتراه أو ما استحق عليه الشفعة من الوجه الذي ذكره هذا على الحاصل والاول على السبب وذ كرنا الاختلاف فيه) يريد ما ذكره في فصل كيفية الممين والاستخلاف من كتاب الدعوى

(قوله وعليه الفتوى) أقول الفتوى على قول محمد في أنه اذا طال المدة لا يلتفت القاضي الى دعواه (قوله وهذا لا يلزم المصنف الخ) أقول أشار الى قوله ثم يقول له متى اخبرت بالشراء الخ (قوله لانه ذكر أن الفتوى على قول أبي حنيفة في عدم البطلان بالتأخير) أقول لا على قولهما حتى يلزم السؤال عن زمان الاخبار (قوله سألته عن طلب الاشهاد) أقول الظاهر أن يقال عن طلب الموابنة

قال (وتجوز المنازعة في الشفعة الخ) وتجوز المنازعة في الشفعة وان لم يحضر الشفيع الثمن الى مجلس القاضى فاذا قضى القاضى بها لزمه احضار الثمن قال المصنف (وهذا ظاهر رواية الاصل) ولم يقل هذا رواية الاصل لانه لم يصرح في الاصل هكذا ولكنه ذكر ما يدل على أن القاضى يقضى بالشفعة من غير احضار الثمن لانه قال للمشتري أن يحبس الدار حتى يستوفي الثمن منه أو من ورثته ان مات (وعن محمد أنه لا يقضى حتى يحضر الشفيع الثمن وهو رواية الحسن عن أبي حنيفة لأن الشفيع قد يكون مفلسا فيتوقف القضاء على احضاره حتى لا يتوى مال المشتري) والفرق بين هذا وبين المشتري مع البائع أن البائع أزال المبيع عن ملكه قبل وصول الثمن اليه فقد أضرب نفسه عن اختيار فلا ينتظر له بإبطال ملك المشتري وانما ينظر له بآبائ نظر له بآبائ ولاية حبس المبيع فأما المشتري فهنا فلا يزال ملك نفسه عن اختيار ليعال أضرب نفسه قبل وصول الثمن (٤٣٣) اليه بل الشفيع يتكلم عليه كرهاد فعا للضرر عن نفسه وانما يجوز للانسان دفع الضرر عن نفسه على

وجه لا يضرب بغيره ودفع الضرر عن المشتري بإبطال الشفعة اذا ما طل في دفع الثمن (وجه ظاهر الرواية أنه لا ثمن له عليه قبل القضاء ولهذا لا يشترط تسليمه وما ليس بثابت عليه لا يشترط احضاره) فلا بد من القضاء به يتمكن المشتري من المطالبة (واذا قضى له بالدار فله مشتري أن يحبس حتى يستوفي الثمن ويكون القضاء نافذا عنده بمجرد أن يرضى له فصل مجتهد فيه ووجب عليه الثمن فيحبس فيه فلما أزال الثمن بعد ما قال له ادفع الثمن اليه لا تبطل شفيعته لانها كانت بالخصومة عند القاضى قال (وان أحضر الشفيع البائع والمبيع في يده فله أن يخصمه في الشفعة لان اليد له وهي بد مستحقة) ولا يسمع القاضى البيعة حتى يحضر المشتري فيفسخ البيع بعهد منه ويقضى بالشفعة على البائع ويجعل العهدة عليه لان الملك للمشتري واليد للبائع والقاضى يقضى به بالشفيع فلا بد من حضورهما بخلاف ما اذا كانت الدار قد قبضت حيث لا يعتبر بحضور البائع لانه صار أجنبيا فلا يبقى له يد ولا ملك وقوله فيفسخ البيع بعهد منه إشارة الى علة أخرى وهي أن البيع في حق المشتري اذا كان ينفسخ لا بد من حضوره ليقضى بالفسخ عليه

كان أقرب اليه من غيره فان قال ثم فقد صحح دعواه (أقول) القائل صاحب النهاية أخذ من الذخيرة وتبعه بعض آخر من التمرح وقد غير صاحب العناية عبارتهم في النقل وأفسدوا عباراتهم كانت هكذا ثم إذا سأله عن طلب الموائبة فقال ما لم تبح حين علمت أو قال حين أخبرت من غير لبس سأله عن طلب الاشهاد هل طلب الاشهاد بعد ذلك من غير تأخير وتقصير فان قال نعم سأله ان الذي طلبت بمحضرتي هل كان أقرب اليه من غيره فان قال نعم تبين أن الاشهاد قد صح ثم إذا تبين ما يصح عنده الطلب فقد صح دعواه الى هنا عباراتهم وهذه العبارة هي المطابقة لما في الذخيرة وهي الصحيحة دون ما ذكره صاحب العناية في نقله لانه عبر عن طلب الموائبة بطلب الاشهاد حيث قال وقيل ثم بعد ذلك سأله عن طلب الاستقرار ولا يذهب عليك أن اطلاق طلب الاشهاد على طلب الموائبة بخلاف اصطلاح الفقهاء جدا يظهر ذلك مما أحطت به خبرا في أقسام الطلب وأيضا قد قيل فيما قبل سأله متى أخبرت بالشراء وكيف صنعت حين أخبرت بالشراء وقد نقله صاحب العناية أيضا فيما قبل فولى تقدير أن يقال ههنا ثم بعد لان اليد له وهي بد مستحقة أي معتبرة كيد المالك ولهذا كان له أن يحبس حتى يستوفي الثمن ولو هلك في يده هلك من ماله وانما قال ذلك احترازا عن بد المودع والمستعير ومن له يد كذلك فهو خصم من ادعى عليه الآن الحاكم لا يسمع البيعة على البائع حتى يحضر المشتري فيفسخ البيع بمحضره ويقضى بالشفعة على البائع ويجعل العهدة عليه وهذه جملة قضايا كما ترى أما كونه خصما فقد بيناه وأما كون المشتري لا بد من حضوره مع البائع لسماع البيعة فلهما في اشتراك في أحدهما مع البائع وتفرّد بالآخرى وأما ما اشتركا فيه فهو ما ذكره بقوله (لان الملك للمشتري واليد للبائع والقاضى يقضى به بالشفيع) عليه ما ولا بد من حضور المقضى عليه للقضاء (بخلاف ما اذا كانت الدار قد قبضت) فان حضور البائع اذذاك غير معتبر لصيرورته أجنبيا لم يبق له ملك ولا يد وأما ما تفرّد به فهو ما ذكره بقوله (وهو أن البيع في حق المشتري اذا كان ينفسخ لا بد من حضوره ليقضى بالفسخ عليه)

ولما كان فسخ البيع يوهم العود على موضوعه بالنقض في المسئلة لأن نقض البيع انما هو لأجل الشفعة ونقضه يقضى الى انتفاؤها لكونها مبينة على البيع بين وجهه بالنقض بقوله (ثم وجه هذا الفسخ المذكور أن يفسخ في حق الاضافة) لأن قبض المشتري مع ثبوت حق الاخذ للشفيع بالشفعة ممنوع وإذا كان ممنوعا فالتعريض من الشراء وهو الانتفاع بالمبيع فيحتاج الى الفسخ لأن الاسباب شرعت لاحكامها لا لذاتها لكنه يبقى أصل البيع أعني الصادر من البائع وهو قوله بعث مجردا عن اضافته الى ضمير المشتري لتعذر انفساخه فانه لو انفسخ عاد الى موضوعه بالنقض كما ذكرناه (فتحيل لبقائه بتحويل الصدقة الى الشفيع ويصير كأنه المشتري من البائع) وهذا لأن الشفعة ثابتة في الشرع البتة وثبوتها مع بقاء العقد كما كان متعذرا لعدم حصول المقصود فكان فسخه من ضروراتها وهي تندفع بفسخه من جانب المشتري فلا تتعدى الى غيره وهذا اختيار بعض المشايخ وهو المختار وقال بعضهم تنتقل الدار من المشتري الى الشفيع بعقد جديد قالوا لو كان بطريق التحويل لم يكن للشفيع خيار الرؤية إذا كان المشتري قد رآه لكن لذلك كسبائي ولما كان له أن يرد الدار إذا اطلع على عيب والمشتري اشتراها على أن البائع يرى من كل (٤٣٣) عيب ما لکن له ذلك والجواب

أن العقد يقضى سلامة المعقود وعليه من العيب وانما يعتبر في حق المشتري بعرض لم يوجب دفع الشفيع وهو الرؤية وقبول المشتري العيب فتحوط الصفقة الى الشفيع موجبة للسلامة نظرا الى الاصل (قوله فلهذا) أي فلتحول الصفقة اليه (يرجع بالعهد على البائع) لأنه تابع كما كان ولو كان بعقد جديد كانت على المشتري (بخلاف ما اذا قبضه المشتري) فأخذه الشفيع من يده حيث تكون العهدة عليه لأنه تم ملكه بالقبض قال (ومن اشترى دارا الغيرة

ثم وجه هذا الفسخ المذكور أن يفسخ في حق الاضافة لامتناع قبض المشتري بالاخذ بالشفعة وهو يوجب الفسخ لأنه يبقى أصل البيع لتعذر انفساخه لأن الشفعة بناء عليه ولكنه تحول الصفقة اليه ويصير كأنه هو المشتري منه فلهذا يرجع بالعهد على البائع بخلاف ما اذا قبضه المشتري فأخذه من يده حيث تكون العهدة عليه لأنه ملكه بالقبض وفي الوجه الاول امتنع قبض المشتري وانما يوجب الفسخ وقد طولنا الكلام فيه في كفاية المنتهى بتوفيق الله تعالى قال (ومن اشترى دارا الغيرة فهو الخصم للشفيع) لأنه هو العاقد والاخذ بالشفعة من حقوق العقد فيتوجه عليه قال (الأن يسلمها الى الموكل) لأنه لم يبق له يد ولا ملك فيكون الخصم هو الموكل وهذا لأن الوكيل كالبائع من الموكل على ما عرف فتسليمه اليه كتسليم البائع الى المشتري فتصير الخصومة معه لأنه مع ذلك قائم مقام الموكل فيكتفي بحضوره في الخصومة قبل التسليم

ذلك سأل عن طلب الاشهاد ومراعاة طلب الموائبة بصير المعنى ثم بعد السؤال عن طلب الموائبة أنه عن طلب الموائبة لأن سؤاله قبله وكيف صنعت حين أخبرت سؤال عن طلب الموائبة لا محالة فيلزم تكرار السؤال عن طلب الموائبة بخلاف ما اذا قيل ثم اذا سأل عن طلب الموائبة سأل عن طلب الاشهاد كما وقع في عبارتهم فانه لا يلزم حينئذ شيء من المحذورين المذكورين أما عدم لزوم المخالفة لاصطلاح الفقهاء فظاهر وأما عدم لزوم تكرار السؤال عن طلب الموائبة فان الكلام اذا ذلك ملق في صورة الشرطية فقدحها وهو قولهم اذا سأل عن طلب الموائبة شارة الى ما ذكرنا فيما قبل من السؤال وكيف صنعت حين أخبرت وليس فيه حكم جديد حتى يلزم التكرار تأمل تفهم (قوله ومن اشترى دارا الغيرة فهو الخصم للشفيع) لأنه هو العاقد والاخذ بالشفعة من حقوق العقد فيتوجه عليه (أقول هذا التعليل يجري بعينه فيما اذا سلمها الموكل مع أنه ليس بخصم هنالك فكان ينبغي أن يزداد عليه قيد

فهو الخصم الخ) المشتري اذا كان وكيلاً فاما أن يسلم المبيع الى موكله قبل الخصومة أو لا فان كان الثاني فهو الخصم للشفيع (لأنه هو العاقد) والعاقد يتوجه عليه حقوق العقد (والاخذ بالشفعة من حقوقه) وان كان الاول فالموكل هو الخصم (لأنه لم يبق للوكيل يد ولا ملك) وهذا لأن الوكيل كالبائع من الموكل لأنه يجري بينهما مبادلة حكمية على ما عرف فتسليمه الى الموكل كتسليم البائع الى المشتري ولو سلم الى المشتري كان هو الخصم فكذلك الموكل فان قيل لو كان الوكيل بالشراء كالبائع من الموكل لكان حضور الوكيل كسل الموكل جميعا شرطاً في الخصومة في الشفعة اذا كانت الدار في يد الوكيل كما أن الحكم كذلك في البائع والمشتري على ما تقدم أجاب المصنف بقوله (الأن مع ذلك قائم مقام الموكل) لكونه نائباً عنه (فيكتفي بحضوره) والبائع ثم ليس بنائب عن المشتري فلا يكتفي بحضوره

(قوله لم يكن للشفيع خيار الرؤية) أقول كالموكل اذا عملك المشتري من الوكيل بتحول الصفقة فانه لا يثبت له خيار الرؤية اذا لم يثبت توكيله (قوله بتحول الصفقة الى الشفيع) أقول وأما مسألة الوكيل فان الموكل أقام الوكيل مقام نفسه ورضى بما فعل فكان سقوط الخيار من الموكل ضرراً مرضياً بتوكيله فلم يكن له الرد بخلاف الشفيع

(قوله وكذا اذا كان البائع وكيسلا) ظاهر وقوله (وكذا اذا كان البائع وصيا) يعني يكون الخصم للشفيع هو الوصي اذا كانت الورثة صغارا وقيد بقوله (فيما يجوز بيعه) احتراز عما (٤٣٤) لا يتعاب الناس بمثله فان بيعه لا يجوز وقيل المراد به كون الورثة صغارا فان الوصي

يبيع التركة اما اذا كانت الورثة كبارا لا يجوز بيعه لانهم متمكنون من النظر لانفسهم وقوله (واذا قضى القاضي للشفيع بالدار الخ) ظاهر وقد ذكرناه ايضا
فصل في مسائل الاختلاف لما ذكر مسائل الاتفاق بين الشفيع والمشتري في الثمن وهو الاصل شرع في بيان مسائل الاختلاف بينهما في (وان اختلف الشفيع والمشتري في الثمن الخ) منزلة البائع والمشتري لكنهما ليسا كذلك من كل وجه (لان الشفيع يدعى على المشتري استحقاق الدار) باقل الثمن والمشتري لا يدعى عليه شيئا فخر الشفيع بين الاخذ والترك فاذا وقع الاختلاف بينهما في الثمن وعجزا عن اقامة البينة كان القول للمشتري لانه ينكر ما يدعيه الشفيع من استحقاق الدار (عليه عند نقد الاقل) والقول قول المنكر مع عينه ولا يتحالفان لانه لم يرد نص ولا هو في معنى النصوص عليه من كل وجه (وان اقام البينة فهي للشفيع عند أبي حنيفة ومحمد)

وكذا اذا كان البائع وكيسل الغائب للشفيع أن يأخذ ما منه اذا كانت في يده لانه عاقد وكذا اذا كان البائع وصيا لم يتجاوز بيعه لما ذكرنا قال (واذا قضى القاضي للشفيع بالدار ولم يكن رآها فله خيار الرؤية وان وجدها اعياها فله أن يردھا وان كان المشتري شرط البراءة منه) لان الاخذ بالشفعة بمنزلة الشراء الا يرى انه مبادلة المال بالمال فيثبت فيه الخياران كما في الشراء ولا يسقط بشرط البراءة من المشتري ولا برؤيته لانه ليس بنائب عنه فلا عليك اسقاطه
*** (فصل) في الاختلاف قال** (وان اختلف الشفيع والمشتري في الثمن فالقول قول المشتري) لان الشفيع يدعى استحقاق الدار عليه عند نقد الاقل وهو ينكر والقول قول المنكر مع عينه ولا يتحالفان لان الشفيع ان كان يدعى عليه استحقاق الدار فالمشتري لا يدعى عليه شيئا بخلافه بين الترك والاخذ ولا نص ههنا فلا يتحالفان قال (ولو اقام البينة فالبينة للشفيع) عند أبي حنيفة ومحمد

فارق بين الصورتين بأن يقال بعد قوله والاخذ بالشفعة من حقوق العقد وله بد في الدار وكان المصنف انما ترك ذلك كذا القيد اعتمادا على ان فهمه من تعليل صورة التسليم
فصل في الاختلاف لما ذكر مسائل الاتفاق بين الشفيع والمشتري شرع في مسائل الاختلاف بينهما وقدم الاول لان الاصل هو الاتفاق (قوله ولا نص ههنا فلا يتحالفان) قال صاحب النهاية في شرح هذا المقام انما النص في حق البائع والمشتري مع وجود معنى الانكار من الطرفين هناك فوجب البين لذلك في الطرفين ولم يوجد الانكار هنا في طرف الشفيع فلم يكن في معنى ما ورد فيه النص فلذلك لم يجب التحالف هنا اه واقتنى أثره صاحب معراج الدرابة كما هو دأبه في أكثر المواضع وتحرير صاحب غاية البيان أيضا يشعر بذلك فانه بعد ما بين عدم وجوب التحالف هنا على نهج ما ذكره المصنف من قبل قال فلم يكن اختلافهما في معنى ما ورد به النص وهو قوله عليه الصلاة والسلام اذا اختلف المتبايعان والسلعة قائمة تحالفوا ورتاذا فلا جرم لم يجب التحالف اه (أقول) ليس هذا بشرح صحيح لان وجود معنى الانكار من الطرفين في اختلاف المتبايعين انما هو فيما اذا وقع الاختلاف قبل القبض وأما اذا وقع بعد القبض فعلى الانكار هناك أيضا انما يوجد في طرف واحد وهو المشتري فكان التحالف في تلك الصورة مخالفا للقياس ولكننا عرفناه بالنص وهو قوله صلى الله عليه وسلم اذا اختلف المتبايعان والسلعة قائمة بعينها تحالفوا ورتاذا وقد مر ذلك كله مستوفى في باب التحالف من كتاب الدعوى فلو كان الوجه في عدم كون ما نحن فيه في معنى ما ورد فيه النص أن لا يوجد معنى الانكار من الطرفين لان تنقض ذلك قطعا بصورة اختلاف المتبايعين بعد القبض والصواب ان وجه عدم كون ما نحن فيه في معنى ما ورد فيه النص هو أن الشفيع مع المشتري ليس في معنى البائع والمشتري من كل وجه لانتفاء شرط البيع وهو التراضي فلا يلحقان بهما في حكم التحالف وقد أفصح عنه تاج الشريعة حيث قال وليس هذا في معنى ما ورد فيه النص بالتحالف من كل وجه لان ركز البيع وان وجد لكن بالنظر الى فوات شرطه وهو الرضا لم يوجد فلا يلحق به اه قال الزيلعي في شرح هذه المسئلة من الكثر ولا يتحالفان لان التحالف عرف بان نص فيما اذا وجد الانكار من الجانبين والدعوى من الجانبين والمشتري لا يدعى على الشفيع شيئا فلا يكون الشفيع منكرا فلا يكون في معنى ما ورد النص فامتنع القياس اه (أقول) الخلل في كلامه أشد وأظهر فانه قال أولا لان التحالف عرف بالنص فيما اذا

وجد

(قوله اما اذا كانت الورثة كبارا لا يجوز بيعه) أقول اذا لم يكن على الميت دين

*** (فصل في الاختلاف)** قال المصنف (ولا نص ههنا فلا يتحالفان) أقول اذا النص في البائع والمشتري مع وجود معنى الانكار من الطرفين هناك فوجب التحالف لذلك ولم يوجد الانكار ههنا في طرف الشفيع لأن المشتري لا يدعى عليه شيئا

وقال أبو يوسف لمشتري لانها أكثر اثباتا فصار كينة البائع) اذا اختلف هو والمشتري في مقدار الثمن وأقاما البينة فأنه البائع وكينة الوكيل بالشرا مع بينة الموكل اذا اختلفا في الثمن فأنه الوكيل وكينة المشتري من العبد مع بينة المولى القديم اذا اختلفا في ثمن العبد المأسور فأنه المشتري لما في ذلك كله من اثبات الزيادة (ولهما منه (٤٣٥) لاتنافي بين البيتين) في حق

الشفيع لجواز تحقيق البيعين مرة بألف وأخرى بألفين على ما شهد عليه البيعتان وفسخ أحدهما بالآخر لا يظهر في حق الشفيع لنا كدفعه فإما أن يجعل موجدان في حقه (وله أن يأخذ بأيه ما شاء وهذا بخلاف البائع مع المشتري لانه لا يتوالى بينهما معاهدان الا بانفساح الاول) فالجمع بينهما ما غير ممكن فيصير الى أكثرهما اثباتا لان المصير الى الترجيح عند تعذر التوفيق (وهذا هو التخريج لبينة الوكيل لانه كالبايع والموكل كالمشتري) فلا يمكن توالي العهدين بينهما الا بانفساخ الاول فتعذر التوفيق على أنها ممنوعة على ما روى ابن سميعة عن محمد أن البينة بينة الموكل لان الوكيل مصدر منه اقراران أي بحسب ما توجه اليه البيعتان فكان للموكل أن يأخذ بأيه ما شاء (وأما المشتري من العبد وقد ذكر في السير

وقال أبو يوسف البينة بينة المشتري لانها أكثر اثباتا) فصار كينة البائع والوكيل والمشتري من العبد وله ما نه لاتنافي بينهما فيجعل كان الموجود بيعان والشفيع أن يأخذ بأيه ما شاء وهذا بخلاف البائع مع المشتري لانه لا يتوالى بينهما معاهدان الا بانفساخ الاول وهما الفسخ لا يظهر في حق الشفيع وهو التخريج لبينة الوكيل لانه كالبايع والموكل كالمشتري منه كيف وانها ممنوعة على ما روى عن محمد وأما المشتري من العبد وفقد ذكر في السير الكبير أن البينة بينة المالك القديم قلنا ان منع

وجد الانكار من الجانبين والدعوى من الجانبين وليس كذلك لانه عرف بالنص أيضا فيما لا انكار ولا دعوى الا من جانب واحد كما اذا اختلف المتبايعان بعد القبض على ما صرحوا به فاطبة حتى نفسه في كتاب الدعوى بل الذي عرف بالنص هذه الصورة لان التعالف فيما اذا وجد الانكار من الجانبين والدعوى من الجانبين ثابت بالقياس بدون ذلك النص وقال آخر اقامت مع القياس ولا يخفى ان امتناع القياس لا يقتضي امتناع الحاق بطريق دلالة النص فان كثيرا من الامور لا يجري فيه القياس ويصح اثباته بطريق الدلالة على ما عرف في موضعه فبعد امتناع القياس بهما لا يتم المطلوب حتى العبارة أن يقال فلا يلحق بهليم القياس والدلالة (قوله وقال أبو يوسف البينة بينة المشتري لانها أكثر اثباتا) أقول لقائل أن يقول البينة انما تسمع من المدعى والمشتري لا يدعى على الشفيع شيئا ولهذا لا يتحالفان بالاتفاق كما مر آنفا فلزم أن لا تصح بينة المشتري أصلا فلا عن أن ترجع على بينة الشفيع كما قاله أبو يوسف * ثم أقول يمكن الجواب عنه بأن المشتري وان كان مدعى عليه لا مدعى في الحقيقة الا أنه مدعى صورة حيث يدعى زيادة الثمن ومن كان مدعى بصورة تسمع بينته اذا أقامها كما في المودع اذا ادعى رد الوديعة على المودع وأقام عليه بينة على ما عرف في محله وأما الحلف فأنما يجب على من كان مدعى عليه حقيقة ولا يجب على من كان مدعى عليه صورة الا يرى أن المودع اذا ادعى رد الوديعة على المودع وهجر عن إقامة البينة عليه فأنما يجب الحلف على المودع لكونه منكر الضمان حقيقة ولا يجب على المودع مع كونه في صورة المدعى عليه رد الوديعة عليه فكان للمشتري فيما نحن فيه مجال إقامة البينة وان لم يجب على خصمه الحلف أصلا فرجع أبو يوسف بينته بناء على كونها أكثر اثباتا وبهذا التفصيل تبين ان قول صدر الشريعة في شرح الوفاة في هذا المقام وجهته ما ماذ كرام مؤيد به ماذ كرهه بقوله لان الشفيع يدعى استحقاق الدار عند نقد الاقل والمشتري ينكره ليس بسديد وعن هذا لم يحل عن أبي حنيفة الاحتجاج بذلك مع ظهوره جدا وانما حكى عنه الطريقتان اللتان ذكرهما المصنف بقوله وله ما نه لاتنافي الخ وبقوله ولان بينة الشفيع ملزمة الخ حكى أولاها محمد وأخذ بها وحكى ثانيتهما أبو يوسف ولم يأخذ بها كما ذكر في الشروح (قوله وهو التخريج لبينة الوكيل لانه كالبايع والموكل كالمشتري منه) أقول لقائل أن يقول ان أراد أن الوكيل كالبايع والموكل كالمشتري منه من كل وجه فهو ممنوع اظهار الاختلاف في بعض الاحكام وان أراد أن الوكيل والموكل كالبايع والمشتري في بعض الوجوه فهو مسلم ولكن الشفيع والمشتري أيضا بمنزلة البائع والمشتري

الكبير أن البينة بينة المالك القديم

(٥٤ - تكمله سابع)

(قوله لجواز تحقيق البيعين مرة بألف وأخرى بألفين) أقول فيثبت بحجة الشفيع البيع بألف ويثبت بحجة المشتري البيع بألفين فكان الشفيع مخيرا ان شاء أخذ بما أثبت بينة الشفيع وان شاء أخذ بما أثبت بينة المشتري قال المصنف (كيف وانها ممنوعة) أقول فلا يرد ذلك علينا وكيف يرد وانها ممنوعة

ولم يذكر فيه قول أبي يوسف ولئن سلمنا أن البينة للمشتري فذلك باعتبار أن التوفيق متعذرا إذا أصبح البيع الثاني هناك لا يفسخ الأول وهذه طريقة أبي حنيفة في هذه المسئلة حكاهما محمد وأخذ بها (قوله ولأن بينة الشفيع ملزمة) لأنهم إذا قبلت وجب على المشتري تسليم الدار بما ادعاه الشفيع شاء أو أبى والمزمن منها أولى لأنها وضعت للالزام وبينة المشتري عليه غير ملزمة لأنهم إذا قبلت لا يجب على الشفيع شيء ولكنه مخير بين أن يأخذ أو يترك وغير المزم مستتر في مقابلة المزم غير معتبر بطريقة أخرى حكاهما أبو يوسف ولم يأخذ بها وعلى هذه وقعت التفرقة بينهما وبين بينة البائع والمشتري والوكيل والموكل فإن كل واحدة منهما ملزمة فلهذا صرنا إلى الترجيح للزيادة ورغبنا بينة المولى القديم لكونها ملزمة على بينة المشتري من العدو ولأنها غير ملزمة قال (وإذا ادعى المشتري ثمنا وادعى البائع أقل منه الخ) إذا اختلف البائع والمشتري في الثمن فاما أن يكون مقبوضا أو غير مقبوض أو يكون القبض غير ظاهر يعني غير معلوم للشفيع فإن كان غير مقبوض فاما أن يدعى البائع أقل أو أكثر فإن كان أقل أخذها الشفيع بما قال البائع وكان ذلك حطاعا عن المشتري ووجهه المذكور في الكتاب واضح وقوله ولأن (٤٣٦) التملك وجه آخر وانما كان التملك على البائع بما يجبه لانه لو لم يقل بعث لا يثبت للشفيع شيء

و بعد التسليم نقول لا يصح الثاني هناك لا يفسخ الأول أما ههنا فبخلافه ولأن بينة الشفيع ملزمة وبينة المشتري غير ملزمة والبينات للالزام قال (وإذا ادعى المشتري ثمنا وادعى البائع أقل منه ولم يقبض الثمن أخذها الشفيع بما قاله البائع وكان ذلك حطاعا عن المشتري) وهذا لأن الأمران كان على ما قال البائع فقد وجبت الشفعة به وإن كان على ما قال المشتري فقد حط البائع ببعض الثمن وهذا الخط يظهر في حق الشفيع على ما نبين إن شاء الله تعالى ولأن التملك على البائع بما يجبه فكان القول قوله في مقدار الثمن ما بقيت مطالبته فبأخذ الشفيع بقوله قال (ولو ادعى البائع إلا أكثر يتحالفان ويتراذان وأيهما تكل ظهرا أن الثمن ما يقوله الآخر فبأخذها الشفيع بذلك وإن حلفا يفسخ القاضي البيع على ما عرف وبأخذها الشفيع بقول البائع) لأن فسخ البيع لا يوجب بطلان حق الشفيع قال (وإن كان قبض الثمن أخذ بما قال المشتري إن شاء ولم يلتفت إلى قول البائع) لأنه لما استوفى الثمن انتهى حكم العقد وخرج هو من البين وصار هو كالأجنبي وبقي الاختلاف بين المشتري والشفيع وقد بيناه ولو كان نقد الثمن غير ظاهر فقال البائع بعث الدار بألف وقبض الثمن يأخذها الشفيع بألف لأنه لما بدأ بالاقرار بالبيع تعلقت الشفعة به فبقوله بعد ذلك قبض الثمن يريد اسقاط حق الشفيع فيرد عليه ولو قال قبض الثمن وهو ألف لم يلتفت إلى قوله لأن الأول وهو الاقرار بقبض الثمن خرج من البين وسقط اعتبار قوله في مقدار الثمن

الأثرى أنه لو أقر بالبائع وأنكر المشتري ثبت له حق الأخذ وإذا كان كذلك كان القول قوله وإن كان أكثر وليس له ما بينة تحالفوا تراذوا بالحديث المعروف وأيهما تكل ظهرا أن الثمن ما يقوله الآخر فبأخذها الشفيع بذلك وإن اختلفا فسخ القاضي البيع بينهما على ما عرف وبأخذها الشفيع بقول البائع لأن فسخ البيع لا يوجب بطلان حق الشفيع وإن كان الفسخ بالقضاء لأن القاضي نصب ناظرا للمسلمين لا مبطلا لحقوقهم (وإن كان مقبوضا أخذ بما يقول المشتري إن شاء ولم يلتفت إلى قول البائع) لما ذكر في الكتاب

في بعض الوجوه كما صرحوا به فاطمة فلا يتم الفرق فليست أم في الدفع (قوله وبعد التسليم نقول لا يصح الثاني هناك لا يفسخ الأول أما ههنا فبخلافه) أقول يرد على ظاهره أن البيع الثاني لا يصح ههنا أيضا ولا يفسخ الأول ضرورة عدم تصور بيع شيء واحد من شخص واحد مرتين لا يفسخ الأول ويدل على لزوم الفسخ ههنا أيضا قول المصنف فيما قبل وههنا الفسخ لا يظهر في حق الشفيع حيث نفي ظهور

وهو ظاهر وإن كان غير معلوم القبض فاما أن يقر البائع بالقبض أو لا فإن كان الثاني ولم يذكر في الكتاب فانه ظاهر أن حكمه حكم ما إذا كان غير مقبوض وإن كان الأول والفرض أن المشتري يدعى أكثر مما يقول البائع والدار في يد المشتري فاما أن يقر أو لا بقدر الثمن ثم بالقبض أو بالعكس فإن كان لأول كقولنا قال (بعث الدار منه بألف وقبض الثمن أخذها الشفيع بقول البائع) أي بالألف (لأنه لما بدأ بالاقرار بالبيع بقدرته تعلقت الشفعة به) أي بالبيع بذلك المقدار ثم بقوله (قبض الثمن يريد اسقاط حق الشفيع) المتعلق باقراره من الثمن لأنه ان تحقق ذلك يبقى أجنبيا من العقد لا ذل له ولا يد وحينئذ يجب أن يأخذ ما يدعيه المشتري كما تقدم آنفا أن الثمن إذا كان مقبوضا أخذ بما قال المشتري وليس له اسقاط حق الشفيع (فرد عليه) قبضت وإن كان الثاني كقولنا قال (قبض الثمن) وهو ألف لم يلتفت إلى قوله وبأخذها بما قال المشتري (لأن الأول وهو الاقرار بقبض الثمن خرج من البين) وصار أجنبيا (وسقط اعتبار قوله في مقدار الثمن) وروى الحسن عن أبي حنيفة أن المبيع إذا كان في يد البائع فأقر بقبض الثمن وزعم أنه ألف فالقول قوله لأن التملك يقع على البائع فيرجع إلى قوله وهو ظاهر لأنه لم يصير أجنبيا لكونه ذا اليد وإن لم يكن مالكا والله أعلم

فصل فيما يؤخذ به المشفوع لما فرغ من بيان أحكام المشفوع وهو الأصل لأنه المقصود من حق الشفعة كرماء يؤخذ به المشفوع وهو الثمن الذي يؤديه الشفيع لأن الثمن تابع (وإذا حط البائع عن المشتري) حط بعض الثمن والزيادة يستويان في باب المراجعة دون الشفعة لأن في المراجعة ليس في التزام الزيادة حق إبطال حق مستحق بخلاف الشفعة فإن في الزيادة فيها إبطال حق ثبت للشفيع بأقل منها وعلى هذا يخرج ما ذكر في الكتاب أن البائع إذا حط عن المشتري بعض الثمن سقط ذلك عن الشفيع وإن حط الجميع لم يسقط عنه شيء لأن حط البعض ملحق بأصل العقد فيظهر في حق الشفيع لأنه انما يأخذها بالثمن والثمن مابق وإن حط به بدرجة الشفيع على المشتري بذلك القدر بخلاف حط الكل لأنه لا يلحق بأصل العقد لا يخرج العقد (٤٣٧) عن موضوعه وقد بينه في البيوع في

فصل قبيل الربا وباقى كلامه ظاهر (قوله ومن اشترى دارا بعرض) أي متاع من ذوات القيم كالعبد مثلا (أخذها الشفيع بقيته) أي بقيمة العرض (لأنه من ذوات القيم وإن اشترى عبدك أو موزون أخذها بعينه لأنه من ذوات الامثال) وهذا لأن الشرع أثبت للشفيع ولاية التملك على المشتري بمثل ما يملكه فيراعى بالقدر الممكن فإن كان له مثل صورة ملكه بها والا فمثل من حيث المالية وهو القيمة وقوله (بالقدر الممكن) يشير إلى الجواب عما قيل القيمة تعرف بالحزر والظن ففيها جهالة وهي تمنع من استحقاق الشفعة الأثرى أن الشفيع لو سلم شفعة الدار على أن يأخذ منها بيتا بعينه كان التسليم باطلا وهو على شفعة الجميع لكون قيمة البيت مما يعصرف بالحزر والظن ووجهه أن مراعاة ذلك غير ممكن

فصل فيما يؤخذ به المشفوع قال (وإذا حط البائع عن المشتري بعض الثمن يسقط ذلك عن الشفيع وإن حط جميع الثمن لم يسقط عن الشفيع) لأن حط البعض يلحق بأصل العقد فيظهر في حق الشفيع لأن الثمن مابق وكذا إذا حط بعدما أخذها الشفيع بالثمن يحط عن الشفيع حتى يرجع عليه بذلك القدر بخلاف حط الكل لأنه لا يلحق بأصل العقد بحال وقد بيناه في البيوع (وإن زاد المشتري للبائع لم تلزم الزيادة في حق الشفيع) لأن في اعتبار الزيادة ضررا بالشفيع لاستحقاقه الأخذ بما دونها بخلاف الحط لأن فيه منفعة له وتطير الزيادة إذا حدد العقد بأكثر من الثمن الأول لم يلزم الشفيع حتى كان له أن يأخذها بالثمن الأول لما بينا كذا هذا قال (ومن اشترى دارا بعرض أخذها الشفيع بقيته) لأنه من ذوات القيم (وإن اشترى عبدك أو موزون أخذها بعينه) لأنهم ممن ذوات الامثال وهذا لأن الشرع أثبت للشفيع ولاية التملك على المشتري بمثل ما يملكه فيراعى بالقدر الممكن كإي التلاف والعديد المتقارب من ذوات الامثال

الفسخ في حق الشفيع وذلك يقتضي تحقق الفسخ في نفسه والجواب أن مراد المصنف بالفسخ في قوله لا يصح الثاني هنالك لا بفسخ الأول أما هنا فبخلافه هو الفسخ في حق الثالث وهو المالك القديم هنالك والشفيع هنالك الفسخ في حق المتعاقدين والذي لم يتحقق ضرورة في الفصلين معا هو الثاني دون الأول فغنى كلام المصنف هنا أن الفسخ يظهر في حق الثاني هنالك كما يظهر في حق المتعاقدين وأما هنا فبخلافه أي لا يظهر في حق الثالث وغرر هذا الاختلاف أن الثالث هنالك وهو المالك القديم يأخذ العبد المأسور من المشتري من العدة بالثمن الثاني وأما الثالث هنا وهو الشفيع فيأخذ الدار من المشتري بأى الثمنين شاء فإن قلت نعم معنى كلام المصنف ذلك قطعا ولكن ما وجه ظهور الفسخ هنالك في حق المالك القديم وعدم ظهوره هنا في حق الشفيع وما الفرق بينهما قلت حق الشفيع يتعلق بالدار من وقت وجود البيع الأول وأما حق المالك القديم فلم يتعلق بالعبد المأسور إلا بعد الإخراج إلى دار الاسلام والإخراج إليها يمكن إلا بالبيع الثاني فافتراق وحل هذا المقام بهذا الوجه مما يهيم وقد أهمله الشراح مع التزامهم ببيان الظواهر في كثير من المواضع

فصل فيما يؤخذ به المشفوع لما فرغ من بيان أحكام المشفوع وهو الأصل لأنه المقصود من حق الشفعة شرع في بيان ما يؤخذ به المشفوع وهو الذي يؤديه الشفيع لأنه ثمن والثمن تابع كذا في الشروح (قوله وهذا لأن الشرع أثبت للشفيع ولاية التملك على المشتري بمثل ما يملكه) أقول كان الظاهر أن يقول بمثل ما يملكه لأن الشفيع انما يملك بمثل الثمن الذي تملك به المشتري لا بمثل البيع فلا يكون معتبرا بخلاف البيت فإن أخذ به ثمن معلوم ممكن فكانت الجهة المانعة

* (فصل فيما يؤخذ به المشفوع) (قوله قبل القبض سقط ذلك) أقول أي قبل قبض المشتري الثمن من الشفيع (قوله والثمن مابق وإذا حط بعده رجع الشفيع إلخ) أقول لفظة ما في قوله مابق موصولة والضمير في قوله بعده رجع إلى القبض في قوله إذا حط عن المشتري بعض الثمن قبل القبض (قوله لا يخرج العقد عن موضوعه) أقول لأنه يصح بعبارة لا يبق عليك بلا عوض ولا شفعة في الهبة (قوله لا يرى أن الشفيع لو سلم الدار إلخ) أقول فيه تأمل فإن التنوير المذكور لا يطابق لما ادعاه نظره تأمل (قوله على أن يأخذ منها) أقول أي بالشفعة (قوله ووجهه أن مراعاة ذلك غير ممكن) أقول فيه بحث

وقوله (وان باع عقارا بعقار) ظهر وجهه مما تقدم (واذا باع بثن مؤجل) الى أجل معلوم (فللشفيع الخيار ان شاء أخذها بثن حال وان شاء صبر عن الاخذ حتى ينقضي الاجل ثم يأخذها) وانما وصفنا الاجل بكونه معلوما لانه لو كان مجهولا كان البيع فاسدا ولا شفعة فيه (وليس له ان يأخذها في الحال بثن مؤجل) عندنا (وقال زفر له ذلك وهو قول الشافعي) القديم (لان الاجل وصف في الثمن كالزيادة والاخذ بالشفعة) أي بالثن (٤٣٨) (فياخذ به بأصله ووصفه كما في الزيف ولنا ان الاجل انما يثبت بالشرط ولا شرط

(وان باع عقارا بعقار أخذ الشفيع كل واحد منهما بقيمة الآخر) لانه بدله وهو من ذوات القيم فياخذ بقيمة قال (واذا باع بثن مؤجل فللشفيع الخيار ان شاء أخذها بثن حال وان شاء صبر حتى ينقضي الاجل ثم يأخذها وليس له ان يأخذها في الحال بثن مؤجل) وقال زفر له ذلك وهو قول الشافعي في القديم لان كونه مؤجلا وصف في الثمن كالزيادة والاخذ بالشفعة به فياخذ بأصله ووصفه كما في الزيف ولنا ان الاجل انما يثبت بالشرط ولا شرط فيما بين الشفيع والبائع أو المبتاع وليس الرضا به في حق المشتري رضاه في حق الشفيع لتفاوت الناس في الملافة وليس الاجل وصف الثمن لانه حق المشتري ولو كان وصفه لتبعه فيكون حقا للبائع كالثن وصار كما اذا اشترى شيئا بثن مؤجل ثم ولده غيره لا يثبت الاجل الا بالذکر كذا هذا ثم ان أخذها بثن حال من البائع سقط الثمن عن المشتري لما بينا من قبل وان أخذها من المشتري رجع البائع على المشتري بثن مؤجل كما كان لان الشرط الذي جرى بينهما لم يطل بأخذ الشفيع فبقى موجبه فصار كما اذا باع بثن حال وقد اشترى مؤجلا

الذي يملكه المشتري وعن هذا قلنا فيما اذا اشترى دارا بعرض يأخذها الشفيع بقيمة العرض الذي هو الثمن لا بقيمة الدار التي هي المبيع كما قاله أهل المدينة على ما ذكر في المبسوط وفي الكافي الفارق بينهما هو الباع فلا بد من ذكرها ههنا ولقد أحسن صاحب الكافي حيث قال ولنا ان الشفيع يتمثل بمثل ما يملكه المشتري والمثل نوعان كامل وهو المثل صورة ومعنى وقاصر وهو المثل معنى اه (قوله) وليس الرضا به في حق المشتري رضاه في حق الشفيع لتفاوت الناس في الملافة قال صاحب العناية هذا دليل آخر تقديره لا بد في الشفعة من الرضا لكونه مبادلة ولارضا في حق الشفيع بالنسبة الى الاجل لان الرضا به في حق المشتري ليس رضاه في حق الشفيع لتفاوت الناس في الملافة بفتح الميم وهو مصدر ملؤ الرجل بالضم واقائل أن يقول لما كان الرضا شرطا وجب أن لا يثبت حق الشفعة لا لتفاوت الناس في البائع والمشتري جميعا وحيث ثبت بدونه جاز أن يثبت الاجل كذلك والجواب أن ثبوته بدونه ضروري ولا ضرورة في ثبوت الاجل وقوله (وليس الاجل وصف في الثمن) جواب عن قول زفر وجهه أن وصف الشيء يتبعه لاحتماله وهذا ليس كذلك (لانه حق المشتري) والثن حق البائع وقوله (وصار كما اذا اشترى شيئا) ظاهر وقوله (لما بينا) إشارة الى قسوله لامتناع قبض المشتري بالاخذ بالشفعة وهو يوجب الفسخ الى آخر ما ذكره في أوخر باب طلب الشفعة وقوله (وان أخذها من المشتري رجع البائع على المشتري بثن مؤجل الخ) قوله

(قوله وقوله وليس الرضا دليل آخر) أقول لا يظهر انه جواب عما يقال بالشرط وان لم يثبت صريحاً فقد ثبت دلالة لان الرضا تأجيل المشتري رضاه تأجيل الشفيع (قوله لتفاوت الناس في الملافة) أقول أي في الغنى قال المصنف (وليس الاجل وصف الثمن الخ) أقول سبق ما يتعلق بعدم وصفية الاجل في باب التحالف

يوهم أن الشفيع يملكه يبيع جديد وهو مذهب بعض المشايخ كما تقدم وليس كذلك بل هو بطريق تحول الصفقة كما هو المختار لكن يتحول ما كان مقتضى العقد والاجل يقتضى الشرط فبقى مع من ثبت الشرط في حقه وقوله (وان اختار الانتظار) ظاهر وقوله (لقول أبي يوسف الآخر) احتراز عن قوله الاول روى ابن أبي مالك أن أبا يوسف (٤٣٩) كان يقول أولا كقولهما ثم رجع وقال له أن يأخذها

عند حلول الاجل وان لم يطلب في الحال لان الطلب انما هو للاخذ وهو في الحال لا يتمكن منه على الوجه الذي يطلبه لانه انما يريد الاخذ بعد حلول الاجل أو بين مؤجل في الحال ولا يتمكن من ذلك فلا فائدة في طلبه في الحال فسكونه لعدم الفائدة في الطلب لا اعراضه عن الاخذ ووجه قوله ما وقوله أولا ما ذكره في الكتاب وفيه اغلاق وتقريره حق الشفعة يثبت بالبيع عند العلم به والشرط الطلب عند ثبوت حق الشفعة ويجوز أن يكون تقريره هكذا الشرط الطلب عند حق الشفعة وحق الشفعة انما يثبت بالبيع فيشترط الطلب عند العلم به وأما الاخذ فانه يتراخى عن الطلب فيجوز أن يتأخر الى انقضاء الاجل وقوله (وهو ممكن من الاخذ في الحال) جواب عن قول أبي يوسف الآخر وتقريره لان المقصود به الاخذ لئن كان فلان تسليم أنه ليس بممكن من الاخذ

وان اختار الانتظار له ذلك لان له أن لا يلتزم زيادة الضرر من حيث التقديرة وقوله في الكتاب وان شاء صبر حتى ينقضي الاجل مراده الصبر عن الاخذ أما الطلب عليه في الحال حتى لو سكت عنه بطلت شفيعته عند أبي حنيفة ومحمد خلا لقول أبي يوسف الآخر لان حق الشفعة انما يثبت بالبيع والاخذ يتراخى عن الطلب وهو ممكن من الاخذ في الحال بأن يؤدي الثمن حالا فيشترط الطلب عند العلم بالبيع قوله وان أخذها من المشتري رجع البائع على المشتري بئس مؤجل الخ يوهم أن الشفيع يملك يبيع جديد وهو مذهب بعض المشايخ كما تقدم وليس كذلك بل هو بطريق تحول الصفقة كما هو المختار لكن يتحول ما كان مقتضى العقد والاجل مقتضى الشرط فبقى مع من ثبت الشرط في حقه اه واقتضى أثره الشارح العيني (أقول) هذا خط فاحش منه ما مداره عدم الفرقين ما اذا قبضها المشتري فأخذها الشفيع من يده وبين ما اذا لم يقبضها المشتري وأخذها الشفيع من يد البائع فان الاختلاف في ان الدار المشفوعة هل تنتقل الى الشفيع بطريق تحول الصفقة أم بعد قد بداعا هو فيما اذا أخذها الشفيع من يد البائع قبل أن يقبضها المشتري وأما فيما اذا أخذها الشفيع من يد المشتري بعد ان قبضها فلم يقل أحد بأن انتقلها الى الشفيع هناك بطريق تحول الصفقة ولا مجال له أصلا وانما هو بطريق عقد جديد بالاجاع ولقد نادى اليه قول المصنف في وأخر باب طلب الشفعة والخصومة فيها بخلاف ما اذا قبضه المشتري فأخذ من يده حيث تكون العهدة عليه بالقبض لانه تم ملكه بالقبض وفي الوجه الاول امتنع قبض المشتري وأنه يوجب الفسخ اه فالصواب أن قول المصنف هنا ثم ان أخذها بين حال من البائع سقط الثمن عن المشتري اشارة الى صورة أخذها من يد البائع قبل أن يقبضها المشتري وقوله لما بينا من قبل اشارة الى ما ذكره في باب طلب الشفعة والخصومة فيهما من أن العقد يفسخ في حق الاضافة الى المشتري وتحول الصفقة الى الشفيع على ما هو المختار فان قوله وان أخذها من المشتري رجع البائع على المشتري بئس مؤجل كما كان اشارة الى صورة أخذها من يد المشتري بعد أن قبضها وقوله لان الشرط الذي جرى بينهما لم يبطل بأخذ الشفيع فبقى موجه فصار كما اذا باعه بين حال وقد اشتراه مؤجلا اشارة الى أن تلك الشفعة في هذه الصورة بعد جديد كانه عليه في الباب المزبور بقوله بخلاف ما اذا قبضه المشتري فأخذ من يده حيث تكون العهدة عليه بالقبض لانه تم ملكه بالقبض اه فكان كل من المسألتين المذكورتين هنا مطابقا لما صرح به في الباب المزبور فلا غبار على شيء منهما أصلا (قوله وهو ممكن من الاخذ في الحال) بأن يؤدي الثمن حالا فيشترط الطلب عند العلم بالبيع (قال صاحب العناية قوله وهو ممكن من الاخذ في الحال) جواب عن قول أبي يوسف الآخر وتقريره لان تسليم أن المقصود به الاخذ ولئن كان فلان تسليم أنه ليس بممكن من الاخذ في الحال بل هو ممكن منه بأن يؤدي الثمن حالا انتهى (أقول) فيه نظر أما أولا فلان المصنف لم يتعرض فيما قبل الدليل لقول أبي يوسف الآخر كما ترى فالتصدي الجواب عنه بمنع بعض مقدماته كما قرره الشارح المزبور بعيد جدا بل هو خارج عما عليه دأب المصنف في نظائره وأما ثانيا فلان منع كون المقصود به الاخذ كما ذكره الشارح المزبور في أول التقرير برعما لا يفهم من عبارة المصنف في قوله المذكور بوجه من وجوه الدلالات فكيف يصح حمل كلام المصنف عليه وأما ثالثا

في الحال بل هو ممكن منه بأن يؤدي الثمن حالا

(قوله لان الطلب انما هو للاخذ) أقول وهو المقصود من الطلب قال المصنف (وهو ممكن من الاخذ في الحال) أقول وهذا دليل على ثبوت حق الشفعة في الحال (قوله وتقريره لان تسليم الخ) أقول فيه بحث الآن المراد الاخذ في الحال

قال (واذا اشترى ذى دارا بخرم أو خنزير أو شفعها ذى أخذها بمثل الخمر وقيمة الخنزير) وجهه ظاهر وقوله وشفيعها ذى احتراز عما إذا كان مرتدافاه لاشفعة له سواء قتل على رده أو مات أو طلق بدار الحرب ولأول رتبة لأن الشفعة لا تورث (وان كان شفيعها مسلما أخذها بقيمة الخمر والخنزير) قال المصنف أما الخنزير فظاهر يعنى لكونه من ذوات القيم واستشكل بأن قيمة الخنزير لها حكم عين الخنزير ولهذا لا يعسر العاشر عن قيمته كما تقدم في باب من يمر على العاشر وأجيب بأن مراعاة حق الشفع واجب بقدر الامكان ومن ضرورة ذلك دفع قيمة الخنزير بخلاف ما إذا مر على العاشر وطريق معرفة قيمة الخنزير والخمر الرجوع الى من أسلم من أهل الذمة أو من تاب من فسقة المسلمين فان وقع (٤٣٠) الاختلاف في ذلك فالقول فيه قول المشتري مثل ما إذا اختلف

الشفيع والمشتري في مقدار الثمن وإذا أسلم أحد المتبايعين والخمر غير مقبوضة انتقض البيع لقوات القبض المستحق بالعقد والاسلام يمنع قبض الخمر بحكم البيع كما يمنع العقد على الخمر ولكن لا يبطل حق الشفع في الشفعة لأن وجوب الشفعة بأصل البيع وقد كان صحيحا وبقاؤه ليس بشرط بقاء الشفعة وباقى كلامه ظاهر قال

(فصل) * الأصل في المشفوع عدم التغير والتغير بالزيادة والنقصان بنفسه أو بفعل الغير عارض فكان جديرا بالتأخير في فصل على حدة (واذا بنى المشتري فيها أو غرس ثم قضى للشفيع بالشفعة فهو بالخيار ان شاء أخذ الارض بالثمن الذى اشتراه به

قال (واذا اشترى ذى بخرم أو خنزير دارا وشفيعها ذى أخذها بمثل الخمر وقيمة الخنزير) لأن هذا البيع مقضى بالعمدة فيما بينهم وحق الشفعة يعم المسلم والذى والخمر لهم كالحل لنا والخنزير كالشاة فأخذ في الأول والمثل والثاني بالقيمة قال (وان كان شفيعها مسلما أخذها بقيمة الخمر والخنزير) أما الخنزير فظاهر وكذا الخمر لا تمتنع التسليم والتسلم في حق المسلم فالحق بغير المثل وان كان شفيعها مسلما وذميا أخذ المسلم نصفها بنصف قيمة الخمر والذى نصفها بنصف مثل الخمر اعتبارا للبعض بالكل فلو أسلم الذى أخذها بنصف قيمة الخمر لعجزه عن ثلث الخمر وبالإسلام يتأكد حقه لأن يبطل فصار كما إذا اشتراها بكثر من رطب فحضر الشفع بعد انقطاعه بأخذها بقيمة الرطب كذا هذا

(فصل) قال (واذا بنى المشتري فيها أو غرس ثم قضى للشفيع بالشفعة فهو بالخيار ان شاء أخذها بالثمن وقيمة البناء والغرس وان شاء كلف المشتري قلعها)

فلان قوله ولئن كان فلا نسلم أنه ليس بممكن من الأخذ في الحال بل هو ممكن منه بأن يؤدى الثمن حالا عملا بكذا يصلح أن يكون جوابا عن دليل قول أبي يوسف الآخر في هذه المسئلة لأن دليله على ما ذكر في المسوط وفي شرح هذا الكتاب حتى العناية بنفسها أن الطلب غير مقصود بعينه بل للأخذ وهو في الحال لا يتمكن من الأخذ على الوجه الذى يطلبه وهو الأخذ بعد حلول الاجل أو الأخذ في الحال بثمن مؤجل فلا فائدة في طلبه في الحال فسكونه لأنه لم يرفيه فائدة لا لاعتراضه عن الأخذ انتهى ولا يذهب على ذى مسكة أن منع عدم تمكنه من الأخذ في الحال بناء على تمكنه منه بأن يؤدى الثمن حالا لا يجزى طائلا في دفع ما ذكر في دليله من أنه في الحال لا يتمكن من الأخذ على الوجه الذى يطلبه فان أداء الثمن حالا ليس على الوجه الذى يطلبه وليس يلزمه البتة وخلاف أبي يوسف في قوله الآخر فيما إذا لم يحتر الشفع أخذها بثمن حال بل اختار الانتظار الى حلول الاجل فكيف يكون تمكنه من الأخذ في الحال بأن يؤدى الثمن حالا جوابا عن ذلك والحق أن يحمل قول المصنف وهو ممكن من الأخذ في الحال الخ على تميم دليل أبي حنيفة ومحمد رجهما الله بأن يجعل دليلا بحسب المعنى على ثبوت حق الشفعة له بالبيع كما يدل عليه نقر بر صاحب الكافي وكثير من الشراح أخذوا من المسوط حيث قالوا بعد ذكر وجه قول أبي يوسف الآخر وجهه ظاهر الرواية أن حقه في الشفعة قد ثبت بدليل أنه لو أخذ بثمن حال كان له ذلك والسكوت عن الطلب بعد ثبوت حقه مبطل شفعته انتهى تبصر

(فصل) مسائل هذا الفصل مبنية على تغير المشفوع اما بالزيادة أو بالنقصان بنفسه أو بفعل

المشتري وقيمة البناء والغرس وان شاء كلف المشتري قلعها

الغير

(قوله وأجيب بأن مراعاة حق الشفع واجبة) أقول وتقدير الجواب في شرح الكاكي هكذا قيمة الخنزير كعين الخنزير بمعنى ولكن في كونها بمنزلة الخنزير شبهة فلما كان متضمنا لبطاله حق العبد لم يعمل لهذه الشبهة بل يعمل بالشبهة فيما إذا لم يكن متضمنا لابطال حق الغير وفي مسائلنا يتضمن ابطال حق الغير فلم يعمل بها بخلاف ما إذا مر على العاشر ٥٥ وفي شرح الكنزير يلغى انما يحرم عليه تملكها إذا كانت القيمة بدلا عن الخنزير أو ما إذا كانت بدلا عن غيره فلا يحرم وهنا يدل عن الدار لا عن الخنزير وانما الخنزير يقدر بقيمة يدل الدار فلا يحرم عليه تملكها

(فصل) * واذا بنى المشتري

وعن أبي يوسف أنه لا يكف القلع ويخير بين أن يأخذ بالثمن وقيمة البناء والغرس وبين أن يترك (وهو أحد قول الشافعي وله قول آخر وهو أنه أن يقلع ويعطى قيمة البناء ولا ييوسف أنه يحق في البناء لأنه بناء على أنه ملكه والحق في شيء لا يكف قلعه لأن التكليف بالقلع من أحكام العدوان واستوضع ذلك بالموهوب له فإنه إذا بني ليس للواهب (٤٣١) أن يكفه القلع ويرجع في

الأرض وبالمشتري شراء فاسد إذا بني وبالمشتري إذا زرع فإنه ليس له أن يكفه قلع الزرع انفاقا (وهذا) أي ما قلناه أنه لا يكف (لأن) في إيجاب الأخذ بالقيمة دفع أعلى الضررين (ضرر المشتري وهو القلع من غير عوض يقابله من غير عوض يقابله) وهو زيادة الثمن على الشفيع بقيمة البناء لوجوب ما يقابله وهو البناء والغرس فيجب المصير إليه (وجهه) ظاهر الرواية أن المشتري بني في محل يتعلق به حق مؤكّد للغير) بحيث لا يقدر على إسقاطه جبرا (من غير تسليط من جهة من له الحق) وكل من بني في ذلك نقض بناؤه كالأهني إذا بني في المهرن وقوله من غير تسليط من جهة من له الحق احتراز عن الموهوب له والمشتري بالشراء الفاسد فإن بناءهما حصل بتسليط الواهب والبائع (وهذا) أي نقض البناء لحق الشفيع (لأن حقه أقوى من حق المشتري) ويجوز أن يكون هذا بياناً لكون حق الشفيع

وعن أبي يوسف أنه لا يكف القلع ويخير بين أن يأخذ بالثمن وقيمة البناء والغرس وبين أن يترك وبه قال الشافعي الآن عندنا أن يقلع ويعطى قيمة البناء لا ييوسف أنه يحق في البناء لأنه بناء على أن الدار ملكه والتكليف بالقلع من أحكام العدوان وصار كالموهوب له والمشتري شراء فاسداً وكذا إذا زرع المشتري فإنه لا يكف القلع وهذا لأن في إيجاب الأخذ بالقيمة دفع أعلى الضررين بحمل الأدنى فيصار إليه ووجه ظاهر الرواية أنه بني في محل يتعلق به حق مؤكّد للغير من غير تسليط من جهة من له الحق فينقض كالأهني في المهرن وهذا لأن حقه أقوى من حق المشتري لأنه يتقدم عليه ولهذا ينقض بيعه وهبته وغيره من تصرفاته بخلاف الهبة والشراء الفاسد عند أبي حنيفة

الغير فلما كان المتغير فرعاً على غير المتغير كان جديراً بالتأخير في فصل على حدة (قوله وهذا لأن في إيجاب الأخذ بالقيمة دفع أعلى الضررين بحمل الأدنى فيصار إليه) قال صاحب النهاية في تفسير قول المصنف وهذا أي وهذا المدعى الذي قلناه وهو أن لا يكف المشتري بقلع البناء انتهى وبذلك المعنى فسر سائر الشراح أيضاً ولكن بهارات شتى فقال صاحب العناية أي ما قلناه أنه لا يكف وقال صاحب الكفاية أي قول أبي يوسف أنه لا يكف المشتري بقلع البناء وقال صاحب معراج الدراية أي القول بعدم إيجاب القلع وجوب قيمة البناء والغرس وقال الشارح العيني أي ما قلناه من عدم إيجاب القلع وجوب قيمة البناء والغرس (أقول) لقائراً أن يقول قد تلخص من جملة ذلك أي المشار إليه بكلمة هذا في قوله وهذا لأن في إيجاب الأخذ بالقيمة الخ أصل مدعى أبي يوسف فيلزم أن يكون قوله لأن في إيجاب الأخذ بالقيمة الخ دلالة عليه فينبغي أن يقول ولأن في إيجاب الأخذ بالقيمة الخ على ما هو الطريقة المعهودة عند تعدد الأدلة والجواب أن من عادة المصنف في كتابه هذا أنه إذا أراد أن يبين لمية مسألة بعد بيان انتهائنا سلك هذا المسلك إيماء إلى أن مفاد الدليلين مختلف من حيث الأنية والملية وإن كان أصل المدعى واحداً وكان ما صاراً دليلين على شيئين مختلفين فليكن هذا على ذكر منسك فإنه ينفعك في مواردنا وقد كنت نهت عليه من قبل أيضاً فلا تغفل (قوله وهذا لأن حقه أقوى من حق المشتري لأنه يتقدم عليه) أقول هنا كلام وهو أن المصنف قال قبل باب طلب الشفعة في تعليل قوله وتعلل بالأخذ إذا سلمها المشتري أو حكمهم ما حاكم لأن الملك للمشتري قد تم فلا ينتقل إلى الشفيع إلا بالتراضي أو بقضاء القاضي وبين ذلك وما قال هنا تدافع فإن المتفهم فيما ذكره هناك تقدم المشتري على الشفيع حيث ثبت الملك أولاً للمشتري ثم ثبت منه إلى الشفيع بالتراضي أو بقضاء القاضي وما ذكره هنا صريح في تقدم الشفيع على المشتري في التوفيق والجواب أن المراد بما ذكره هناك تقدم الشفيع على المشتري في الاستحقاق وبما ذكره هناك تقدم المشتري على الشفيع في الملك والتملك مغايراً للاستحقاق ومؤخر عنه أذ قد تقرر فيما قبل باب طلب الشفعة أن للشفعة أحوالاً ثلاثة الاستحقاق والاستقرار والتملك وإن الأول ثبت باتصال الملك بشرط البيع والثاني بالاشهاد والثالث بالأخذ بالتراضي أو بقضاء القاضي فلا تدافع بين الكلامين في المقامين إذ كون الشفيع أقدم في الاستحقاق لا ينافي كون المشتري أقدم في التملك كما لا يخفى (قوله بخلاف الهبة وبخلاف الشراء الفاسد عند أبي حنيفة) وقال جماعة من

متأكداً (لأنه) أي الشفيع (يتقدم عليه) أي على المشتري ولهذا ينقض بيعه وهبته وغيره من تصرفاته كاجارته وجعله مسجداً أو مقبرة فكذلك أن نقض تصرفاته غرساً وبناء وقوله (بخلاف الهبة) متصل بقوله من غير تسليط من جهته فلا ينقض وبخلاف الشراء الفاسد معطوف عليه وانما قيد بقوله عند أبي حنيفة

(قوله فإنه ليس له أن يكف قلع الزرع) أقول يعني ليس للشفيع أن يكف الخ

لانه حصل بتسليط من جهة من له الحق ولان حق الاسترداد فيهما ضعيف

الشرح ان قول المصنف بخلاف الهبة متصل بقوله من غير تسليط من جهة من له الحق فان فيه تسليطا من جهته (أقول) فيه بحث لان المصنف علل الخلاف المذكور بوجهين أحدهما قوله لانه حصل بتسليط من جهة من له الحق وثانيهما قوله ولان حق الاسترداد فيهما ضعيف فلو كان قوله بخلاف الهبة متصلا بما ذكره هؤلاء الشراح لما صح تعليل الخلاف المذكور بالوجه الثاني لانه ان كانت علة كون حق الاسترداد فيهما ضعيفا كون التسليط فيهما من جهة من له الحق كان راجعا الى الوجه الاول فلا معنى لجمعه وجه آخر معطوف على الاول وان لم تكن علة ذلك كون التسليط فيهما من جهة من له الحق فلا يصلح أن يكون تعليل الخلاف المتصل بقوله من غير تسليط من جهة من له الحق فالحق عندى أن قوله بخلاف الهبة المتصل بجموع ما ذكر من وجه ظاهره راية فالمعنى أن مضمون هذا الوجه ملابس بخلاف الهبة وبخلاف الشراء الفاسد فحينئذ يكون التعليل بقوله لانه حصل بتسليط من جهة من له الحق ناظرا الى قوله في وجه ظاهره راية من غير تسليط من جهة من له الحق ويكون التعليل بقوله ولان حق الاسترداد فيهما ضعيف ناظرا الى قوله فيه لانه حق أقوى من حق المشتري فيتم التعليلان مع ابلاغه وقال بهو الشراح انما قيد بقوله عند أبي حنيفة رجحه الله لان عدم جواز الاسترداد والبائع في الشراء الفاسد اذا بنى المشتري فيما اشتراه انما هو على قول أبي حنيفة وأما عندهما فله الاسترداد بعد البناء كالشفع في ظاهره راية انتهت (أقول) لقائل أن يقول اذا جاز عندهما الاسترداد بعد البناء في الشراء الفاسد أيضا فكيف يتم قياس أبي يوسف في دليله المذكور في مسئلتنا هذه بقوله وصار كل موهوب له والمشتري شراء فاسدا فان جواز الاسترداد في الشراء الفاسد ينال في قياس المشتري في مسئلتنا هذه على المشتري شراء فاسدا في أنه لا يكاف القلع كما هو مذهب أبي يوسف هنا فان قلت يجوز أن يكون مراده بقوله والمشتري شراء فاسدا في دليله المذكور بمجرد الاحتجاج على أبي حنيفة بمذهبه في الشراء الفاسد كما أفصح عنه صاحب غاية البيان حيث قال في شرح قوله والمشتري شراء فاسدا هذا احتجاج من أبي يوسف على أبي حنيفة بمذهبه أبي حنيفة قلت ذلك بعيد عن عبارة الكتاب جدا لان قياسه المزبور لم يذ كر بصدد الجواب عما قاله صاحباه بل ذكر بصدد اثبات مدعاه فكيف يصلح أن يكون مجرد الاحتجاج على الخصم سبعا على أبي حنيفة فقط من مذهبه في الشراء الفاسد * ثم أقول الاوجه في التوجيه أن يقال ان لابي يوسف في البناء بعد الشراء الفاسد قولين أحدهما ان البائع حق استرداد المبيع بعد ذلك وقد ذكره المصنف في فصل أحكام البيع الفاسد من كتاب البيوع وثانيهما أنه ليس للبائع ذلك كما قاله أبو حنيفة وقد نقله صاحب الغاية هناك عن الايضاح حيث قال وذكر في الايضاح ان قول أبي يوسف هذا هو قوله الاول وقوله آخر مع أبي حنيفة اه وكذا لابي يوسف في مسئلتنا هذه قولان أحدهما ما ذكره المصنف بقوله وعن أبي يوسف أنه لا يكاف القلع الخ وهذا ما رواه الحسن بن زياد وثانيهما مثل ما قاله أبو حنيفة ومحمد وزفر وهو الذي ذكر في الكتاب بأن قال فهو بالخيار ان شاء أخذها باليمن وقبضة البناء والقرص وان شاء كلف المشتري قلعها وهذا رواية محمد عن أبي يوسف ورواية ابن سماعة وبشر بن الوليد وعلي بن الجعد والحسن بن أبي مالك عنه صرح بذلك كله أبو الحسن الكرخي في مختصره وذكر في غاية البيان وان قد كان الامر كذلك فيجوز أن يكون قياس أبي يوسف بقوله والمشتري شراء فاسدا في الاستدلال على أحد قوليه في هذه المسئلة مبنيا على قوله الآخر من قوليه في مسئلة البناء بعد الشراء الفاسد وهو أن لا يكون للبائع حق الاسترداد كما هو قول أبي حنيفة فيها ويكون تقييد المصنف قوله وبخلاف الشراء الفاسد بقوله عند أبي حنيفة احترازا عن قول محمد وعن أحد قول أبي يوسف فيها وهو قوله الاول كما عرفت فتدبر

لان عدم استرداد البائع في الشراء الفاسد اذا بنى المشتري في المشتري انما هو قوله وأما عندهما لانه الاسترداد بعد البناء كالشفع في ظاهر الرواية (قوله ولان حق الاسترداد) معطوف على قوله لانه حصل (قوله فيهما) أى في الهبة والبيع الفاسد (ضعيف)

(ولهذا لا يبقى بعد البناء وهذا الحق) أي حق الشفعة (يبقى) ولا يلزم من عدم تكايف القلع لحق ضعيف عدمه لحق قوي قيل فيه نظر لان الاسترداد بعد البناء في البيع الفاسد انما لا يبقى على مذهب أبي حنيفة فالاستدلال به لا يصح والجواب أنه يكون على غير ظاهر الرواية أولان لما كان ثابتا بدليل ظاهر لم يعتبر بخلافهما وقوله (فلا معنى لاجباب القيمة) راجع الى أول الكلام يعني اذا ثبت التكليف بالقلع فلا معنى لاجباب القيمة على الشفيع لان الشفيع بمنزلة المستحق والمشتري اذا بنى أو غرس (٤٣٣) ثم استحق رجوع المشتري بالثمن بقيمة

البناء والغرس على البائع دون المستحق فكذلك ههنا وقوله (والزرع يقطع) جواب عن قوله وكذا اذا زرع المشتري ولم يجب عن قوله لان في اجباب الاخذ بالقيمة دفع أعلى الضررين لأن قوله وهذا لان حقه أقوى

من حق المشتري تضمن ذلك لان الترجيع بدفع أعلى الضررين بالآهون انما يكون بعد المساواة في أصل الحق ولا مساواة لان حق الشفيع مقدم وطول بالفريقين بناء المشتري في الدار المشفوعة وصيغها باشياء كثيرة فان الشفيع بالخيار بين أن يأخذها ويعطي ما زاد فيها بالصغ ويبن أن يتركها وأجيب بأنه أيضا على الاختلاف ولو كان بالاتفاق فالفرق أن النقص لا يتضرر به المشتري كغير السلامة النقص بخلاف الصغ وقوله (واذا أخذ بالقيمة) معطوف على مقدردل عليه التخيير وتقديره الشفيع بالخيار ان شاء كلف القلع وان شاء أخذه بالقيمة فان كلفه فذلك وان أخذ بالقيمة يعتبر قيمته مقلوعا كإيناء في الغصب

ولهذا لا يبقى بعد البناء وهذا الحق يبقى فلا معنى لاجباب القيمة كما في الاستحقاق والزرع يقطع قياسا وانما لا يقطع استحسانا لان نهاية معلومة ويبقى بالاجر وليس فيه كثير ضرر وان أخذه بالقيمة يعتبر قيمته مقلوعا كإيناء في الغصب (ولو أخذها الشفيع فبني فيها أو غرس ثم استحق رجوع بالثمن) لانه تبين انه أخذ بغير حق ولا يرجع بقيمة البناء والغرس لاعلى البائع ان أخذهما منه ولا على المشتري ان أخذهما منه وعن أبي يوسف انه يرجع لانه متملك عليه فترلا منزلة البائع والمشتري والفرق على ما هو المشهور ان المشتري مغرور ومن جهة البائع ومسلط عليه من جهته ولا غرور ولا تسلط في حق الشفيع من المشتري لانه مجبور عليه

(قوله) ولهذا لا يبقى بعد البناء وهذا الحق يبقى (قال صاحب غاية البيان هذا ايضا لضعف حق الاسترداد في الهبة والشراء الفاسد ولكن فيه نظر لان الاسترداد بعد البناء في الشراء الفاسد انما لا يبقى على مذهب أبي حنيفة لاعلى مذهب أبي يوسف فكيف يحجج بمذهب أبي حنيفة على صحة مذهبه ولا ييوسف أن يقول هذا مذهبك لا مذهبي وعندى حق الاسترداد بعد البناء في الشراء الفاسد اه (أقول) نظر مساقط جدا لان هذا الايضاح من متفرعات قوله بخلاف الهبة وبخلاف الشراء الفاسد وقوله ذلك جواب عن قياس أبي يوسف على الموهوب والمشتري شراء فاسدا كما صرح به ذلك الناظر وغيره وقياسه على المشتري شراء فاسدا انما يتم على القول بعدم بقاء حق الاسترداد للبائع بعد أن بنى المشتري شراء فاسدا فان كان مراده بقياسه المذكور ثابتا مدعا كما هو الظاهر من عبارة الكتاب على ما بينها عليه من قبل كان قياسه المذكور مبنيا على قوله الآخر في مسئلة الاسترداد وهو كقول أبي حنيفة فليس له أن يقول هذا مذهبك لا مذهبي وان كان مراده بقياسه المذكور مجرد الاحتجاج على أبي حنيفة بمذهب أبي حنيفة كإذهب اليه ذلك الناظر في شرح ذلك المقام فلا شك في اندفاع الاحتجاج عليه بما ذكره من الفرق والايضاح على مذهبه فلا معنى لقول ذلك الناظر فكيف يحجج بمذهب أبي حنيفة على صحة مذهبه وأجاب صاحب العناية عن النظر المزبور بوجهين آخرين حيث قال قيل فيه نظر لان الاسترداد بعد البناء في البيع الفاسد انما لا يبقى على مذهب أبي حنيفة فالاستدلال به لا يصح والجواب أنه يكون على غير ظاهر الرواية أولان لما كان ثابتا بدليل ظاهر لم يعتبر بخلافهما اه كلامه (أقول) في كل من وجهي الجواب نظر أما في الأول فلان المصنف بصدد بيان وجه ظاهر الرواية كما ترى فلا مجال لجل كلامه المذكور في ذلك الصدد على غير ظاهر الرواية وأما في الثاني فلان الظاهر أن الدلائل الظاهر الذي كان عدم بقاء حق الاسترداد بعد البناء في الشراء الفاسد ثابتا به انما هو حصول ذلك الشراء بتسلط من جهة من له الحق وهو البائع كما في البيع الصحيح فانه المذكور دليلا على ذلك في موضعه دون غيره وقد جعله المصنف ههنا دليلا أول فكيف يبقى عليه تمام الدليل الثاني الذي كلامه تبصر تفهم (قوله والفرق على ما هو المشهور أن المشتري مغرور ومن جهة البائع ومسلط عليه ولا غرور ولا تسلط في حق الشفيع من المشتري لانه مجبور عليه) أقول كان الاولى

(٥٥ - تكمله سابق) (ولو أخذها الشفيع فبني فيها أو غرس فاستحققت الارض رجوع بالثمن) لا غير أخذها من البائع أو المشتري (لانه تبين أن أخذه كان بغير حق) وعن أبي يوسف أنه يرجع بقيمة البناء والغرس أيضا لانه متملك عن المشتري فترلا منزلة البائع والمشتري ثم المشتري في صورة الاستحقاق يرجع على البائع بالثمن وقصة البناء فكذلك الشفيع (والفرق على المشهور) من الرواية ما ذكره (أن المشتري مغرور) ومسلط على البناء والغرس (من جهة البائع) ولا تسلط في حق الشفيع من المشتري لانه مجبور عليه

(قوله قبل فيه نظر) أقول القائل هو والاتفاق

قال (واذا انهدمت الدار الخ) كلامه (٤٣٤) ظاهر والتأمل فيه يرشد الى أن في قول من قال انهم يعني أئمتنا زعموا أن البناء اذا

قال (واذا انهدمت الدار أو احترق بناؤها أو جف شجر البستان بغير فعل أحد فالشفيق بالخيار ان شاء أخذها بجميع الثمن) لان البناء والغرس تابع حتى دخلا في البيع من غير ذكر فلا يقابلها مائتي من الثمن مالم يصرم مقصودا ولا هذا جازي بيعها مباحة بكل الثمن في هذه الصورة بخلاف ما اذا غرق نصف الارض حيث يأخذ الباقي بحصته لان الفائت بعض الاصل قال (وان شاء ترك) لانه أن يمنع عن تلك الدار بما له قال (وان نقض المشتري البناء قبل الشفيق ان شئت فذ العرصة بحصتها وان شئت فدع) لانه صار مقصودا بالاتلاف فيقابل به شيء من الثمن بخلاف الاول لان الهلاك باق فله سماوية (وليس للشفيق أن يأخذ النقض) لانه صار مفصولا فلم يبق تبعه قال (ومن ابتاع أرضا وعلى نخيلها غرا أخذها الشفيق بثمرها) ومعناه اذا ذكر الثمر في البيع لانه لا يدخل من غير ذكر وهذا الذي ذكره استحسان وفي القياس لا يأخذه لانه ليس ببيع الا يرى انه لا يدخل في البيع من غير ذكر فاشبه المتاع في الدار وجه الاستحسان انه باعتبار الاتصال صار تبع للعقار كالبناء في الدار وما كان مر كبا فيه فآخذه الشفيق قال (وكذلك ان ابتاعها وليس في النخيل غرا فثمر في يد المشتري) يعني يأخذ الشفيق لانه مبيع تبعا لان البيع سرى اليه على ما عرف في ولد المبيع قال (فان جده المشتري ثم جاء الشفيق لا يأخذ الثمر في الفصلين جميعا) لانه لم يبق تبع للعقار وقت الاخذ حيث صار مفصولا عنه فلا يأخذه قال في الكتاب (وان جده المشتري سقط عن الشفيق حصته) قال رضي الله عنه (وهذا جواب الفصل الاول) لانه دخل في البيع مقصودا فيقابل به شيء من الثمن (أما في الفصل الثاني يأخذ ما سوى الثمر بجميع الثمن) لان الثمر لم يكن موجودا عند العقد فلا يكون مبيعا الاتباع فلا يقابل به شيء من الثمن والله اعلم

أن يقال ولا غرور ولا تسلط في حق الشفيق لامن البائع ولامن المشتري ليم ما أخذه من البائع وما أخذه من المشتري وبطابق قوله فيما قبل ولا يرجع بقيمة البناء والغرس لاعلى البائع ان أخذه من ولا على المشتري ان أخذه من وعن هذا قال في الكافي ولا غرور في حق الشفيق لانه تلك عن صاحب اليد جبر بغير اختيار منه وقال في النهاية نقل عن المسوط ولا غرور في حق الشفيق لامن جانب البائع ولامن جانب المشتري لانه تلك عن صاحب اليد جبر بغير اختيار من غير اختيار فلا يرجع اه ورد صاحب الاصلاح والايضاح التعليل بالاخذ جبرا حيث قال انما لا يرجع بقيمة البناء والغرس على أحد لانه أخذ جبرا لانه لا يتبشى فيما أخذ بالتراضي بل لانه ليس بغيره والمشتري انما يرجع على البائع لانه مغرور ومن جهته (أقول) ليس ذلك بشيء لان قيد الجبر مأخوذ في تعريف الشفعة على ما ذكر في عامة الكتب حتى ان ذلك الراد نفسه أيضا أخذ ذلك القيد في تعريفها حيث قال في مثله الشفعة تلك مبيع عقار جبر بمثل غنه وفسر في شرحه قيد جبر بمعنى يوم صورة الأخذ بالتراضي أيضا حيث قال يعني لا يعتد باختياره لانه يعتبر عدم اختياره ولا يخفى أن توجيهه هناك هو التوجيه ههنا ولا يحل بالفرق بين المشتري مع البائع وبين الشفيق مع خصمه لتماثل ذلك الفرق باعتبار الاختيار في الاول وعدم اعتباره في الثاني ولا يتوقف على اعتبار الاختيار في الاول واعتبار عدمه في الثاني تأمل تقف بقى شيء في كلام صاحب الاصلاح والايضاح وهو انه ينبغي كون مدار الفرق الجبر والاختيار وحكم بأن مداره الغرور وعدم الغرور ولفظا ثل أن يقول ان كان سبب الغرور في المشتري وعدم الغرور في الشفيق كون البائع مختارا وخصم الشفيق مجبورا كما هو الظاهر من تقرير المصنف يلزم المصير الى ما نقاه وان كان سببه غير ذلك فهو غير واضح سيما بين الشفيق

احترق لم يسقط شيء من الثمن عن الشفيق واذا غرق بعض الارض سقط حصته من الثمن فكانهم اعتبروا فعل الماهدون النار تعسفا لقلة التأمل فان منشأ الفرق ليس فعل الماء وانما منشؤه ان البناء وصف والاوصاف لا يقابلها شيء من الثمن اذا فات من غير صنع أحد وما بعض الارض فليس بوصف لبعض آخر فلا بد من اسقاط حصته ما غرق من الثمن (وان نقض المشتري البناء) فالشفيق ان شاء أخذ العرصة بحصتها من الثمن وان شاء تركه لان البناء صار مقصودا بالاتلاف ويقابل به شيء من الثمن وقد مر في البيوع (وليس للشفيق أن يأخذ النقض لانه صار مفصولا فلم يبق تبعه) فبقى منقول ولا شفعة فيه وقوله (ومن ابتاع أرضا) ظاهر وقوله (وما كان مر كبا فيه) يعني مثل الابواب والسرر المركبة وقوله (على ما عرف في ولد المبيعة) يعني أن الجارية المبيعة اذا ولدت ولدا قبل قبض المشتري يسرى حكم البيع الى الولد حتى يكون الولد ملكا للمشتري كالام وقوله (في الفصلين) يريد به ما اذا كان في النخل غرور وقت الشراء ثم جده المشتري وما اذا لم يكن ثم غرر ثم

جاء الشفيق لاتحاد العلة وهو عدم الاتصال لان التبعية كانت به وقد زالت وقوله (في الكتاب) يعني مختصر القدوري والله أعلم الآخذ

(قوله تعسفا لقلة التأمل) أقول قوله تعسفا اسم أن في قوله والتأمل فيه يرشد الى أن في قول من قال الخ

﴿ باب ما تجب فيه الشفعة وما لا تجب ﴾

قال (الشفعة واجبة في العقار وان كان مما لا يقسم) وقال الشافعي لاشفعة فيما لا يقسم لان الشفعة انما وجبت دفعا لمؤنة القسمة وهذا لا يتحقق فيما لا يقسم ولنا قوله عليه الصلاة والسلام الشفعة في كل شئ عقارا أو ربع الى غير ذلك من العمومات ولان الشفعة سببها الاتصال في الملك والحكمة دفع ضرر سوء الجوار على ماله وانما ينتظم القسمين ما يقسم وما لا يقسم وهو الحمام والرحى والبئر والطريق قال (ولاشفعة في العروش والسفن) لقوله عليه الصلاة والسلام لاشفعة الا في ربع أو حائط وهو حجة على مالك في ايجابها في السفن ولان الشفعة انما وجبت لدفع ضرر سوء الجوار على الدوام والملك في المنقول لا يدوم حسب دوامه في العقار فلا يلحق به وفي بعض نسخ المختصر ولا شفعة في البناء والنخل اذا بيعت دون العرصة وهو صحيح مذكور في الاصل لانه لا ثمر له فكان نقليا وهذا بخلاف العلو حيث يستحق بالشفعة ويستحق به الشفعة في السفن اذ لم يكن طريق العلو فيه لانه بماله من حق القرار التحق بالعقار

الاخذ بخصمه وبين المشتري من البائع ويمكن الجواب بأن يقال سبب غرور المشتري التزام البائع له سلامة المبيع كما يشير اليه تقرير صاحب النهاية حيث قال ان المشتري مغرور من جهة البائع فيرجع عليه بالنقص وقيمة البناء يدفع الغرور وذلك لان البائع التزم للمشتري السلامة اهـ والظاهر ان خصم الشفيع وان رضى بأخذه لكن لم يلزم له السلامة فاقترفا واقه الموفق الصواب واليه المرجع والمآب

﴿ باب ما تجب فيه الشفعة وما لا تجب ﴾

ذكر تفصيل ما تجب فيه الشفعة وما لا تجب بعد ذكر نفس الوجوب مجالا لان التفصيل بعد الاجمال كذا في الشروح (قوله الشفعة واجبة في العقار) قال جمهور الشراح العقار كل ماله أصل من دار أو ضيعة (أقول) تفسيرهم العقار بهذا الوجه مما ياباه ظاهر الحديث الآتي ذكره في تعليل هذه المسئلة وهو قوله عليه الصلاة والسلام الشفعة في كل شئ عقارا أو ربع لان الربع هو الدار بعينها كما صرح به في كتب اللغة ونص عليه الشراح ههنا وقد عطف ذلك في الحديث المذكور على العقار والعطف يقتضي المغايرة بين المعطوفين فكيف يتيسر ادراج الدار في معنى العقار اللهم الا أن يحصل ما في الحديث من قبيل عطف الخاص على العام كما في قوله تعالى حافظوا على الصلوات والصلوة الوسطى لكن التكتة فيه غير واضحة على ان عطف الخاص على العام بكلمة أو مما لم يسمع قط * ثم أقول قال الامام الطبري في المغرب والعقار الضيعة وقبل كل ماله أصل من دار أو ضيعة اهـ فعمل ما وقع في الحديث المذكور وارد على أول التفسيرين المذكورين في المغرب للعقار وهو التفسير المختار عند صاحب المغرب كما يشعر به تحريره وما ذكره جمهور الشراح ههنا مطابق للتفسير الثاني منها فكأنهم اختاروه ههنا لكونه المناسب لأقسام من الشفعة كما ثبتت في الضيعة ثبتت في الدار ونحوها أيضا على ما صرحوا به * ثم أعلم انه قال الجوهرى في الصحاح في فصل العين من باب الرأى والعقار بالفتح الارض والضياع والنخل ومنه قولهم ماله دار ولا عقار اهـ وقال في فصل الضامن باب العين من الصحاح والضيعة العقار والجمع ضياع اهـ (أقول) في كلامه اختلال لانه فسر العقار أو لعمري يشمل الاقسام الثلاثة وهي الارض والضياع والنخل ثم فسر الضيعة التي هي مفرد الضياع بالعقار فلم يفسر الاخص بالاعم كما ترى (قوله ولا شفعة في العروش والسفن) لقوله عليه الصلاة والسلام لاشفعة الا في ربع أو حائط (أقول) فيه شئ وهو أن الظاهر أن وجه الاستدلال بهذا الحديث هو أنه عليه الصلاة

* (باب ما تجب فيه الشفعة وما لا تجب)

ذكر تفصيل ما تجب فيه الشفعة وما لا تجب بعد ذكر الوجوب مجالا لان التفصيل بعد الاجمال قال (الشفعة واجبة في العقار الخ) الشفعة واجبة أى ثابتة في العقار وهو ماله أصل من دار أو ضيعة (وان كان مما لا يقسم) أى لا يتحمل القسمة كالحمام والرحى وانما يؤخذ بالشفعة ما كان متصلا بطريق الشفعة فلا تؤخذ القصاص مع الحمام لانها غير متصلة والمراد بالرحى بيت الرحى والربع الدار والحائط البستان وأصله مأخوذ بهو الحسب بسكون السين وفصحها في معنى القدر واختار الجوهرى الفتح وقال انما تسكن في ضرورة الشعر وقوله (اذا لم يكن طريق العلو فيه) لبيان أن استحقاق الشفعة للعلو بسبب الجوار لا بسبب الشركة وليس لنفي الشفعة اذا كان له طريق في السفن بل اذا كان له ذلك كان استحقاقها بالشركة في الطريق لا بالجوار فيكون مدها على الجار

* (باب ما تجب فيه الشفعة وما لا تجب)

(والمسلم والذي فيها سواء) وقال ابن أبي ليلى الشفعة رفق شرعي فلا يستحقها من ينكر الشرع وهو الكافر ولذا العمومات من غير فصل والاستواء في السبب والحكمة وهي دفع ضرر رسوخ الجوار وذلك يقتضي الاستواء في الاستحقاق (ولهذا قلنا يستوى فيه الذكر والانثى والصغير والكبير) وقال لاشفعة للصغير لانه لا يتضرر بسوء المجاورة قلنا ان لم يتضرر في الحال يتضرر في المآل (و يستوى الباني والعاقل والحر والعبد اذا كان مأذونا (٣٦ ع) أو مكاتباً) فان كان البائع غير المولى فللعبد المأذون الشفعة مديونا كان أو لا وان كان هو

المولى فان كان عليه دين فله ذلك والا فلا وهذا لان الاخذ بالشفعة عنزلة الشراء وشراء العبد المأذون المديون من المولى جائز دون غيره قال (واذا ملك العقار بعوض هو مال وجبت فيه الشفعة) لانه أمكن مراعاة شرط الشرع فيه وهو التملك غسل ما تملك به المشتري صورة أو قيمة على ما مر قال (ولاشفعة في الدار التي يتزوج الرجل عليها أو يخالع المرأة بها أو يستأجر بها داراً أو غيرها أو يصالح بها عن دم عمد أو يعتق عليها عبداً) لان الشفعة عندنا انما تجب في مبادلة المال بالمال لما بينا وهذه الاعراض ليست بأموال فإيجاب الشفعة فيها خلاف المشروع وقلب الموضوع وعند الشافعي تجب فيها الشفعة لان هذه الاعراض متقومة عنده فأمكن الاخذ بقيمتها

والسلام حصر ثبوت الشفعة في الربيع والحائط فدل ذلك على انتفاء حق الشفعة في غيرهما ومن غيرهما العروض والسفن فبرده عليه ان مقتضى ذلك الحصر ان لا تثبت الشفعة في عقار غير ربيع وحائط أيضاً كضعة خالية من الاولاد كذا قطع ما فكيف يتم التملك به فان قلت يمكن أن يحمل القصر المستفاد من الحديث المذكور على القصر الاضافي دون الحقيقي بأن يكون المراد به قصر ثبوتها على ربيع وحائط بالاضافة للعروض والسفن لا قصره عليه ما بالنسبة الى جميع ما عداهما فلا ريب في المحذور المزبور قلت من أين تفهم ان اضافة ذلك القصر الى العروض والسفن لا الى العروض فقط دون السفن ولا الى ما يمس سوى العروض والسفن وما القرينة على ذلك حتى يتم الاستدلال بالحديث المذكور وبصرحة على مالك في ايجاب في السفن كما ذكره المصنف فتأمل (قوله) واذا ملك العقار بعوض هو مال وجبت فيه الشفعة لانه أمكن مراعاة شرط الشرع فيه وهو التملك غسل ما تملك به المشتري صورة أو قيمة على ما مر) قال صاحب العناية في شرح هذا المأذون قد تقدم أن الشفعة انما تجب في العقار ومن شرطها أن تملك بعوض هو مال لان مراعاة شرط الشرع وهو التملك بمنزلة ما تملك به المشتري صورة في ذوات الامثال أو قيمة في ذوات القيم على ما مر في فصل ما يؤخذ به المشفوع واجبة وهي انما يمكن اذا كان العوض مالاً فان الشرع قدم الشفيع على المشتري في اثبات حق الاخذ به بذلك السبب لا بانشاء سبب آخر ولهذا لا يجب في الموهوب لانه لو أخذه أخذه بعوض فكان سبباً غير السبب الذي تملك به الممتلك اهـ (أقول) لقائل أن يقول لا يجوز أن يأخذ به لا بعوض بالسبب الذي تملك به الممتلك وهو الوصية بلا عوض لا يقال لا تصور الهبة بدون رضا الوهاب والممتلك لا يرضى بخروج الموهوب من يده بلا عوض فلا يملك الشفيع أخذه بلا عوض لانه نقول مدار الشفعة على عدم اعتبار رضا الممتلك وعن هذا قالوا ان حق الشفعة معدول عن سنن القياس لما فيه من تملك المال على الغير بغير رضا كما مر في صدر كتاب الشفعة فلا تأثير لحديث عدم رضا الممتلك بخروج الموهوب من يده بلا عوض في عدم ثبوت حق الشفعة في الموهوب فالوجه التام في عدم ثبوت حق الشفعة في الموهوب والموروث وأما لهما ما ذكر في الكافي وغيره وهو أن الشفعة عندنا تختص بمعاوضة مال بمال لانها نشأت بخلاف القياس بالأثار في معاوضة مال بمال فقتصر عليها (قوله) وعند الشافعي تجب فيها الشفعة لان هذه الاعراض متقومة عنده فأمكن الاخذ بقيمتها) قال في العناية وهي مهر المثل وأجر المثل في التزويج والخلع

المولى فان كان عليه دين فله ذلك والا فلا وهذا لان الاخذ بالشفعة عنزلة الشراء وشراء العبد المأذون المديون من المولى جائز دون غيره قال (واذا ملك العقار بعوض هو مال الخ) قد تقدم ان الشفعة انما تجب في العقار ومن شرطها أن تملك عاها هو مال (لانه أمكن مراعاة شرط الشرع فيه وهو التملك بمنزلة ما يملك المشتري صورة في ذوات الامثال أو قيمة في ذوات القيم على ما مر في فصل ما يؤخذ به المشفوع واجبة وهي انما يمكن اذا كان العوض مالاً فان الشرع قدم الشفيع على المشتري في اثبات حق الاخذ به بذلك السبب لا بانشاء سبب آخر ولهذا لا يجب في الموهوب لانه لو أخذه أخذه بعوض فكان سبباً غير السبب الذي تملك به الممتلك وعلى هذا (لاشفعة في الدار يتزوج الرجل عليها أو يخالع المرأة بها أو يستأجر بها داراً أو غيرها أو يصالح بها عن دم عمد) أي غير دار من عبداً وأحافوت وبصالح

بها عن دم العمد أو يعتق عليها عبداً لان الشفيع لا يقدر على تملك هذه الاشياء للمشتري حتى يتحقق التملك بمنزلة ما تملك به وكان تفريع هذه المسائل على الاصل المذكور وهو قوله لانه أمكن مراعاة شرط الشرع الخ كافي ولكن استدل عليه بدليل مستقل وهو قوله لان الشفعة عندنا انما تجب الخ استظهارا وعند الشافعي تجب فيها الشفعة

(قوله واجبة وهي انما يمكن اذا كان العوض مالا) (أقول قوله واجبة خبران في قوله لان مراعاة شرط الشرع الخ) (قوله كافي) (أقول خبر كان في قوله وكان تفريع هذه المسائل الخ)

لان هذه الاعراض متقومة عنده فامكن الاخذ بقيمتها وهو مهر المثل وأجر المثل في التزوج والخلع والاجارة وقيمة الدار والعبد في الصلح والاعتاق (ان تعذر الاخذ بمثلها كما في البيع بالعرض بخلاف الهبة لانه لا عوض فيها أصلاً) وقوله أى قول الشافعي رحمه الله (يتأق فيما اذا جعل شقصاً من دار مهوراً أو ما يضاهاه) أى ما يشابه المهر كبذل الخلع والاجر (لانه لا شفعة عنده الا فيه) حيث لا يرى الشفعة لاني الجوار ولا فيما لا يقبل القسمة كالحمام (ونحن نقول) جواب عن جعله هذه الاعراض متقومة وتقرر به أن تقوم هذه الاعراض اما أن يكون مطلقاً وضرورياً والاول ممنوع والثاني مسلم ولكن لا يظهر في حق الشفعة (قوله وكذا الدم والعرق غير متقوم) وانما أفرد هـ لان تقومهما أبعد لانهما ليسا بما لاي فضل عن التقوم واستدل على ذلك بقوله (لان القيمة ما يقوم مقام غيره في المعنى الخاص المطلوب) وهو المالية لان القيمة انما تقوم مقام الغير من حيث المالية لا بغيرها من الاوصاف كالجوهرية والجسمية ولا يتحقق المعنى الخاص فيهما لان العرق اسقاط وازالة الدم ليس الاحق الاستيفاء وليس من جنس (٤٣٧) ما يتناول به ويدخر وقوله (وعلى هذا) لبيان أن الفرض عند العقد بعده سواء في كونه مقابلاً بالبيع بخلاف ما اذا باع الدار بمهر المثل أو بالمسمى فان فيه الشفعة لانه مبادلة المال بالمال واعترض بأن البيع بمهر المثل فاسد لجهالة ولا شفعة في الشراء الفاسد وأجيب بأنه جاز أن يكون معلوما عندهما وبأنه جهالة في الساقط لا تنفي الى المنازعة والمفسدة ما أفضت اليها ولو تزوجها على دار على أن ترد عليه ألفاً فلا شفعة في جميع الدار) أى في شئ منها (وقال لا تجب في حصة الألف) تقسم قيمة الدار على مهر المثل وألف درهم (لانه مبادلة مالية في حقه) أى في حق ما ينخص الألف وأبو حنيفة رحمه الله يقول معنى

ان تعذر بمثلها كما في البيع بالعرض بخلاف الهبة لانه لا عوض فيها أصلاً وقوله يتأق فيما اذا جعل شقصاً من دار مهوراً أو ما يضاهاه لانه لا شفعة عنده الا فيه ونحن نقول ان تقوم منافع البضع في النكاح وغيرها بعقد الاجارة ضروري فلا يظهر في حق الشفعة وكذا الدم والعرق غير متقوم لان القيمة ما يقوم مقام غيره في المعنى الخاص المطلوب ولا يتحقق فيه ما وعلى هذا اذا تزوجها بغير مهر ثم فرض لها الدار مهوراً لانه بمنزلة المفروض في العقد في كونه مقابلاً بالبيع بخلاف ما اذا باعها بمهر المثل أو بالمسمى لانه مبادلة مال بمال ولو تزوجها على دار على أن ترد عليه ألفاً فلا شفعة في جميع الدار عند أبي حنيفة وقال لا تجب في حصة الألف لانه مبادلة مالية في حقه وهو يقول معنى البيع فيه تابع ولهذا ينعقد بلفظ النكاح ولا يفسد بشرط النكاح فيه ولا شفعة في الأصل فكذا في التبعية لان الشفعة شرعت في المبادلة المالية المقصودة حتى ان المضارب اذا باع داراً وفيها ربح لا يستحق رب المال الشفعة في حصة الربح لكونه تابعاً فيه

والاجارة وقيمة الدار والعبد في الصلح والاعتاق اه (أقول) في قوله وقيمة الدار تطرأ ذالك الكلام في قيمة الاعراض التي جعلت بدل للدار في الصور المذكورة لاني قيمة نفس الدار والعوض في صورة الصلح هو دم العمد فلما وجب عند الشافعي قيمة دم العمد على زعمه لقيمة الدار لا يقال لما جعل دم العمد عوضاً من الدار صارت قيمته قيمة الدار لانا نقول لواقضى هذا القدر أن تصير قيمة أحد العوضين قيمة الآخر لكان قيمة الاعراض المذكورة في الصورة المذكورة كلها قيمة الدار لكون كل منهما عوضاً من الدار ولم يقل به أحد بل وقع التصريح بخلافه في سائر الصور في نفس العناية أيضاً ثم ان بعض الفضلاء لما تنبه لاجال ما قلنا قال كأن الكلام في قيمة الاعراض لاني قيمة الدار والعبد فتأمل اه (أقول) لم يصب في زيادته العبد والحاقه بالدار في المؤاخاة فان العبد مأخوذ في جانب الاعراض المقابلة للدار كما يفصح عنه عبارة الكتاب فيكون الكلام في قيمة الاعراض لا ينافي اعتبار قيمة العبد في صورة الاعتاق نعم العوض اعتاق العبد لنفس العبد لكن من يجعل الاعتاق متقوماً لا بد له من المصير الى قيمة العبد في تقويمه والكلام هنا على أصله وأما التحقيق من قبلنا فيجيب من بعد (قوله وكذا الدم والعرق غير متقوم) قال في العناية انما أفرد هـ لان تقومهما أبعد لانهما ليسا بما لاي فضل عن التقوم واستدل على ذلك بقوله (لان القيمة ما يقوم مقام غيره في المعنى الخاص المطلوب) وهو المالية لان القيمة انما تقوم مقام الغير من حيث المالية لا بغيرها من الاوصاف كالجوهرية والجسمية ولا يتحقق المعنى الخاص فيهما لان العرق اسقاط وازالة الدم ليس الاحق الاستيفاء وليس من جنس (٤٣٧) ما يتناول به ويدخر وقوله (وعلى هذا) لبيان أن الفرض عند العقد بعده سواء في كونه مقابلاً بالبيع بخلاف ما اذا باع الدار بمهر المثل أو بالمسمى فان فيه الشفعة لانه مبادلة المال بالمال واعترض بأن البيع بمهر المثل فاسد لجهالة ولا شفعة في الشراء الفاسد وأجيب بأنه جاز أن يكون معلوما عندهما وبأنه جهالة في الساقط لا تنفي الى المنازعة والمفسدة ما أفضت اليها ولو تزوجها على دار على أن ترد عليه ألفاً فلا شفعة في جميع الدار) أى في شئ منها (وقال لا تجب في حصة الألف) تقسم قيمة الدار على مهر المثل وألف درهم (لانه مبادلة مالية في حقه) أى في حق ما ينخص الألف وأبو حنيفة رحمه الله يقول معنى

البيع فيه تابع والمقصود هو النكاح (ولهذا ينعقد بلفظ النكاح ولا يفسد بشرط النكاح فيه) ولو كان البيع أصلاً يفسد كما لو قال بعت منك هذه الدار ألف على أن تزوجني نفسك وقوله (ولان الشفعة) دليل آخر وفيه إشارة الى دفع ما يقال الشفعة تنفي الى المبادلة المالية وأما أن تكون هي المقصودة فمنوع ووجهه أن كونها مقصودة لا بد منه ألا ترى أن المضارب اذا كان رأس المال ألفاً فاجبر ربح ألفاً ثم اشترى بالدين داراً في جوار رب المال ثم باعها بالالفين فان رب المال لا يستحق الشفعة في حصة المضارب من الربح لان الربح تنبع لرأس المال وليس في مقابلة رأس المال شفعة لرب المال لان البيع كان لرب المال لان المضارب وكيله في حقه وليس في بيع الوكيل شفعة للوكيل على ما يجبي فكذا في حصة الربح وهو البيع

(قوله وقيمة الدار والعبد) أقول كأن الكلام في قيمة الاعراض لاني قيمة الدار والعبد فتأمل (قوله وانما أفرد هـ) أقول فيه شئ لا يخفى جوابه قال المصنف (ولان الشفعة شرعت في المبادلة المالية المقصودة) أقول تأمل في التغيرات الدليلين

قال (أو يصالح عليها بانكار الخ) عطف القدرى قوله أو يصالح عليها بانكار على قوله أو يعتق عليها بعد اذن الصور التي لا يجب فيها الشفعة وليس يصحح بلفظ عليها كالموقع في أكثر نسخ المختصر وكلامه ظاهر وقوله (إذا لم يكن من جنسه) أي إذا لم يكن العوض من جنس حقه وقيد بذلك لأنه إذا كان من جنسه بأن يكون بعض المصالح عنه حقه كان أخذ حقه فليس فيه معاوضة فلا تجب الشفعة قوله (ولا شفعة في هبة لما ذكرنا) يعني في قوله بخلاف الهبة لأنه لا عوض فيها رأساً (الأن يكون بعوض مشروط) في العقد ولا بد من القبض فإنه إذا وهب داراً لرجل على أن يهب له الآخر ألف درهم فلا شفعة للشفيع مالم يتقاضا (ولا بد أن لا يكون الموهوب ولا عوضه شائعاً لأنه هبة ابتداء وقد قررناه في كتاب الهبة) لأن الهبة بشرط العوض تبرع ابتداء ومعاوضة انتهاء بخلاف ما إذا لم يكن العوض مشروطاً في العقد فإنه لا تثبت الشفعة لافي الموهوب ولا في العوض أن كان العوض داراً (لأن كل واحد منهما مطلقاً عن العوض إلا أنه أنيب منها فامتنع الرجوع) (٤٣٨) ولا شفعة في البيع بشرط الخيار للبائع لأنه يمنع زوال الملك عن البائع وبقاء حق البائع

قال (أو يصالح عليها بانكار فان صالح عليها باقرار وجبت الشفعة) قال رضي الله عنه هكذا ذكر في أكثر نسخ المختصر والصحيح أو يصالح عنها بانكاره كان قوله أو يصالح عليها لأنه إذا صالح عنها بانكاره في الدار في يده فهو يزعم أنهم لم يزلوا عن ملكه وكذا إذا صالح عنها بسكوت لأنه يحتمل أنه بذل المال ابتداءً عليه وبينه وقطعا لشغب خصمه كما إذا أنكر صريحاً بخلاف ما إذا صالح عنها باقرار لأنه معترف بالملك للمدعي وإنما استفادته بالصالح فكان مبادلة مالية أما إذا صالح عليها باقراراً وسكوتاً أو انكاراً وجبت الشفعة في جميع ذلك لأنه أخذها عوضاً عن حقه في زعمه إذا لم يكن من جنسه فيعامل بزعمه قال (ولا شفعة في هبة لما ذكرنا لأن تكون بعوض مشروط) لأنه يبيع انتهاءً ولا بد من القبض وإن لا يكون الموهوب ولا عوضه شائعاً لأنه هبة ابتداء وقد قررناه في كتاب الهبة بخلاف ما إذا لم يكن العوض مشروطاً في العقد لأن كل واحد منهما هبة مطلقاً إلا أنه أنيب منها فامتنع الرجوع قال (ومن باع بشرط الخيار فلا شفعة للشفيع) لأنه يمنع زوال الملك عن البائع (فإن أسقط الخيار وجبت الشفعة) لأنه زال المانع عن الزوال ويشترط الطلب عند سقوط الخيار في الصحيح لأن البيع يصير سبيلاً زوال الملك عند ذلك (وإن اشترى بشرط الخيار وجبت الشفعة) لأنه لا يمنع زوال الملك عن البائع بالاتفاق والشفعة تثبت عليه على ما مر وإذا أخذها في الثلث وجب البيع للمشتري عن الرد ولا خيار للشفيع لأنه يثبت بالشرط وهو للمشتري دون الشفيع وإن بيعت داراً إلى جنسها والخيار لأحدهما فلا الأخذ بالشفعة أما للبائع فظاهر لبقائه ملكه في التي يشفع بها وكذا إذا كان للمشتري وفيه اشكال أو ضمنه في البيوع فلا نعيده

عنع الشفعة كما في البيع الفاسد فلا يمنع بقاء ملكه كان أولى (فإن أسقط الخيار وجبت الشفعة) لزوال المانع عن الزوال ويشترط الطلب عند سقوط الخيار في الصحيح لأن البيع يصير سبيلاً زوال الملك عند ذلك وقوله في الصحيح احتراز عن قول بعض المشايخ أنه يشترط الطلب عند وجود البيع لأنه هو السبب (قوله وإن اشترى بشرط الخ) ظاهر وقوله (على ما مر) إشارة إلى قوله من قبل وتجب بعقد البيع إلى أن قال والوجه فيه أن الشفعة إنما تجب إذا رغب البائع عن ملك الدار الخ (قوله وإذا أخذها) أي أخذ الشفيع الدار في مدة الخيار وجب البيع (وسقط الخيار بمجرد المشتري عن الرد ولا خيار للشفيع لأنه يثبت بالشرط وهو للمشتري

بحث لأن غنامه يتوقف على كون سائر الاعراض المذكورة مالا وإن لم تكن متقومة وليس الأمر كذلك فإنها أيضاً ليست بأموال عندنا وقد أفصح عنه قول المصنف فيما قبل وهذه الاعراض ليست بأموال وقوله في باب المهر من كتاب النكاح أن المنافع ليست بأموال على أصلنا والحق عندني في تعطيل أن تقومهما بعد أن يقال لانهما ليسا بمنفعة أصلاً أي لا بالتقوم الضروري ولا بغير الضروري كما مر آنفاً (قوله وفيه اشكال أو ضمنه في البيوع فلا نعيده) قال في النهاية هذه الحوالة في حق الاشكال غير راجحة بل فيه جواب الاشكال لا الاشكال وهو قوله ومن اشترى داراً على أنه بالخيار فبيعت دار بجنبها الخ

دون الشفيع وإن بيعت دار بجنبها والخيار لأحدهما أي لأحد المتعاقدين من البائع أو من المشتري (فله الأخذ بالشفعة) أما البائع فظاهر لبقائه ملكه في التي يشفع بها) فإن أخذها بالشفعة كان نقضاً لبيعته لأنه قرر ملكه واقرار البائع على اقراره ملكه في مدة الخيار نقض للبيع لأنه لو لم يجعل نقضاً لكان إذا أجاز البيع فيها ملكها للمشتري من حين العقد حتى يستحق بزوائدها المتصلة والمنفصلة وتبين أنه أخذها بغير حق (وكذا إذا كان الخيار) للمشتري (وفيه اشكال) وهو ما ذكره البلخي من أن أصل أبي حنيفة أن المشتري بخيار الشرط لا يملك المبيع في مدة الخيار والشفعة لا تستحق إلا بالملك فكان تناقضاً وقوله (أو ضمنه في البيوع) قال في النهاية هذه الحوالة في حق الاشكال غير راجحة بل فيه جواب الاشكال وهو قوله ومن اشترى داراً على أنه بالخيار فبيعت دار بجنبها الخ وقيل إذا كانت الحوالة في حق جواب الاشكال راجحة كانت في حق السؤال كذلك لأن الجواب يتضمن السؤال وقيل لم يقل في البيوع من هذا الكتاب فيجوز أن تكون واضحة في كفاية المتهم ولو كان الخيار لهما لم تثبت الشفعة لأجل خيار البائع لأجل خيار المشتري

(قوله وإذا أخذها) يعني أخذ المشتري بخيار الشرط الدار المبيعة بحجب الدار المشتراة كان الأخذ منه إجازة للبيع الأول فيسقط خياره لما ذكرناه في طرف البائع (قوله بخلاف ما إذا اشتراها ولم يرها) ظاهر وقوله (ثم إذا حضر شفيع الدار الأولى) يعني التي اشتراها المشتري بشرط الخيار (له) أي الشفيع أن يأخذها دون الثانية وهي التي أخذها المشتري بطريق الشفعة لانعدام ملكه في الأولى حين بيعت الثانية قال (ومن ابتاع داراً ثم أفساداً) أول كلامه ظاهر وفي قوله ومن ابتاع داراً ثم أفساداً تلويح إلى أن عدم الشفعة أنما هو فيما إذا وقع فساد ابتداءً لأن الفساد إذا كان بعد انعقاده صحى حتى الشفعة باقية على حاله ألا ترى أن النصرا في إذا اشترى من نصرا في داراً بخمر ولم يتقاضا حتى أسلم أو أسلم أحدهما أو قبض الدار ولم يقبض الخرفانه يفسد البيع وحق الشفيع في الشفعة باقية لانفساده بعد وقوعه صحى (قوله وفي إثبات حق الشفعة تقرير الفساد فلا يجوز) (٤٣٩) يعني الأخذ بالشفعة واعتراض

عليه بأنه لا يجوز أن لا يثبت المفسد في حق الشفيع كما يثبت في حقه الخيار الثابت للمشتري الذي اشتراها بشرط الخيار فيثبت البيع في حقه بلامفسد ليصل إلى حقه ولا يلزم تقرير الفساد وأجيب بأن فساد البيع انما ثبت لغنى راجع إلى العوض اما بالشرط في حقه أو الفساد في نفسه كجعل الخمر عوضاً فلو اسقطنا العوض لفساد فيه رجع البيع بلا عمن وهو فاسد وما يلزم من فرض عدمه وجوده فهو موجود فلا يمكن انفكاك البيع الفاسد عن مفسد وأما البيع الصحيح فيمكن وجوده بلا شرط خيار وقوله (بخلاف ما إذا كان الخيار للمشتري في البيع الصحيح) جواب عما

وإذا أخذها كان إجازة منه للبيع بخلاف ما إذا اشتراها ولم يرها حيث لا يبطل خياره بأخذ ما بيع بحجبها بالشفعة لان خيار الرؤية لا يبطل بصريح الإبطال فكيف بدلالته ثم إذا حضر شفيع الدار الأولى له أن يأخذها دون الثانية لانعدام ملكه في الأولى حين بيعت الثانية قال (ومن ابتاع داراً ثم أفساداً فلا شفعة فيها) أما قبل القبض فلم يعد زوال ملك البائع وبعد القبض لاحتمال الفسخ وحق الفسخ ثابت بالشرع لدفع الفساد وفي إثبات حق الشفعة تقرير الفساد فلا يجوز بخلاف ما إذا كان الخيار للمشتري في البيع الصحيح لانه صار أخص به نصراً وفي البيع الفاسد ممنوع عنه

وقيل إذا كانت الحوالة في حق جواب الاشكال واثمة كانت في حق الاشكال كذلك لان الجواب يتضمن السؤال وقيل لم يقبل في يوع هذا الكتاب فيجوز أن يكون أو ضمه في كفاية المنتهى كذا في العناية أخذ من معراج الدراية (أقول) لا يذهب عليك أن قوله فلا نعبد بأي عن أن يكون مراده بقوله أو ضمناه في اليوع ايضاحه في يوع كفاية المنتهى لان ذكره في كتابه هذا بعد أن ذكره في كفاية المنتهى لا بعد اعادته والالزام أن يكون أكثر مسائل هذا الكتاب بل جميعها من قبيل الاعادة لكونها منذ كورة في كفاية المنتهى (قوله ومن ابتاع داراً ثم أفساداً) قال صاحب العناية وفي قوله ومن ابتاع داراً ثم أفساداً تلويح إلى أن عدم الشفعة انما هو فيما إذا وقع فساد ابتداءً لأن الفساد إذا كان بعد انعقاده صحى حتى الشفعة باقية على حاله ٥١ وقال بعض الفضلاء في بيان وجه التسليم حيث أتى بالجملة الفعلية الدالة على الحدوث لا الاستمرار ٥٢ (أقول) هذا الكلام منه عجيب لان حدوث الفساد كما يوجد فيما إذا وقع في ابتداء العقد يوجد أيضاً فيما إذا وقع بعد انعقاده صحى بل الحدوث في الصورة الثانية أظهر وأجلى لان الفساد يحصل فيها بعد أن لم يكن في ابتداء العقد وأما في الصورة الأولى فهو حاصل في الابتداء والانهاء ففيها استمرار الفساد بالنسبة إلى الصورة الثانية فجرد الاثبات بالجملة الفعلية ان لم يكن ملزماً إلى الثانية فلا أقل من أن يكون ملزماً إلى الأولى والصواب أن وجه التسليم الذي هو أنه جعل قوله ثم أفساداً قيداً للإتيان الذي هو أصل العقد فعلم به أن المراد هو الفساد في ابتداء العقد لا الفساد الطارئ وهذا مما لاستترابه (قوله وحق الفسخ ثابت بالشرع لدفع الفساد وفي إثبات حق الشفعة تقرير الفساد)

يقال احتمال الفسخ في البيع الصحيح إذا كان الخيار فيه للمشتري قائم ولم يمنع حق الشفعة وتقرير الجواب أن مشتري ذلك صار أخص بالبيع نصراً حيث يتعلق بتصرفه الفسخ والإجازة وذلك يوجب حق الشفعة كالمأذون والمكاتب إذا بيعت داراً بحجبها وفي الفساد المشتري ممنوع عن التصرف فيه والحاصل أن الفسخ وان كان محتملاً فيمكن في الخيار للمشتري عاكس التصرف في الحال على وجه يزيل موجب الاحتمال باسقاطه وفي الفساد لا يمكن لانه ممنوع عن التصرف

(قوله تلويح إلى أن عدم الشفعة الخ) أقول حيث أتى بالجملة الفعلية الدالة على الحدوث لا الاستمرار (قوله أو قبض الدار ولم يقبض الخ) أقول حتى أسلم أو أسلم أحدهما (قوله يعني الأخذ بالشفعة) أقول الاظهر يعني إثبات حق الشفعة (قوله فلو اسقطنا العوض لفساد فيه الخ) أقول فيه بحث اذ لا حاجة إلى اسقاط العوض بل يكفي اسقاط الشرط كما في خيار الشرط واعتبار قيم مثل الخمر فتدبر (قوله وما يلزم) أقول وهو الفساد ههنا (قوله من فرض عدمه وجوده) أقول فيه بحث

واعترض بأننا لانسلم أنه ممنوع عن التصرف بل له أن يبيع مع بيعه صحيحا ولا يبق لبائعه حق النقص وفيه تقرير الفساد أيضا وأجيب بأننا لانسلم أن له ذلك بل هو منهي عنه وقد يترتب على المخطور من الأحكام كالأوطء حالة الحيض فإنه يحلل المرأة على زوجها الأول وتقرير الفساد المأمور بنقضه من الشرع ممنوع وفي شرع الشفعة في البيع الفاسد ذلك والبيع المخطور الصادر من العبد ليس بمضاف إلى الشرع وأرى أن قوله وحق الفسخ ثابت بالشرع لدفع الفساد وفي إثبات حق الشفعة تقريره كان كافيا وورد الخيار للمشتري كان يدفع بقوله لدفع الفساد فإن الفسخ فيه وإن كان ثابتا بالشرع ولكنه ليس لدفع الفساد ولكنه أتى بالسؤال والجواب إشارة إلى أن الشفعة تستحق على المالك بملك غير مخطور أو على من صار أحمق بالبيع تصرفا والمشتري بالخيار وإن لم يكن مالكا فهو أحمق بالتصرف والمشتري شراء فاسدا ليس منهما فان سقط الفسخ بالزيادة في المبيع كالبناء والغرس عند أبي حنيفة وبالبيع من آخر بالاتفاق وجبت الشفعة لزوال المانع (وان بيعت دار بجنبها وهي في يد البائع بعد فسخ البائع الشفعة لبقاء ملكه وان سلمها إلى المشتري فهو شفعيها لان الملك له ثم أي المشتري (شفيعها لان الملك له) لا يقال في ذلك تقرير الفساد حيث أخذ الدار المبيعة بالشفعة بالدار المشتراة بالشرع الفاسد لا نقول المشتري بعد أخذ الدار الثانية بالشفعة متمكن من نقض المشتراة شراء فاسدا (٤٤٠) مع عدم الفساد في التي أخذها بالشفعة بخلاف ما تقدم فإنه لو ثبتت الشفعة ثم انتقل

الشراء الفاسد من المشتري إلى الشفعي بوصف الفساد وفي ذلك تقريره فلا يجوز أن قيل الملك وإن كان للمشتري وهو يقتضي ثبوت حق الشفعة لكن المانع - تحقق وهو بقاء حق البائع في استرداد ما ثبت به حق الشفعة وهو المشتري شراء فاسدا فإن بقاء ذلك منيع الشفعة عن أخذ المشتري بالشرع الفاسد أجيب بأن ذلك مجرد تعلق بحق الغير وهو المنع عن الشفعة كقيام حق المرتب في الدار المرهونة فإنه لا يمنع وجوب الشفعة للراهن إذا بيعت دار بجنبها وامتناع

قال (فإن سقط حق الفسخ وجبت الشفعة) لزوال المانع وإن بيعت دار بجنبها وهي في يد البائع بعد فسخ الشفعة لبقاء ملكه وان سلمها إلى المشتري فهو شفعيها لان الملك له ثم إن سلم البائع قبل الحكم بالشفعة بطلت شفيعته كما إذا باع بخلاف ما إذا سلم بعده لان بقاء ملكه في الدار التي يشفع بها بعد الحكم بالشفعة ليس بشرط بقاء المأخوذة بالشفعة على ملكه وان استردها البائع من المشتري قبل الحكم بالشفعة بطلت لانقطاع ملكه عن التي يشفع بها قبل الحكم بالشفعة وان استردها بعد الحكم بقيت الثانية على ملكه لما بينا

واعترض عليه بأنه لا يجوز أن لا يثبت المفسد في حق الشفعي لئلا يلزم تقرير الفساد وإن ثبت في حق المشتري كما لا يثبت الخيار الثابت للمشتري الذي اشتراه بشرط الخيار في حق الشفعي فيستحقها بدون شرط الخيار كما مر من قبل في قوله ولا خيار للشفيع لانه ثبت بالشرط وهو للمشتري دون الشفعي وأجيب عنه بأن فساد البيع إنما يثبت لمعنى راجع إلى العوض أما بالشرط في حقه أو لفساد في نفسه كجعل الخمر غنما لو أسقطنا العوض لفساد فيه بقي البيع بلا عيب وهو فاسد أيضا فلا يمكن انفكاك البيع عن مفسد فلا تثبت الشفعة هناك وأما الخيار فأنما يثبت للمشتري لمعنى خارج عن العوضين اذهول التأمل والتروي فباسقاطه في حق الشفعي لا يلزم الفساد فان البيع الصحيح يمكن وجوده بلا شرط خياره زيادة ما في الشرع وأورد بعض الفضلاء على قولهم فلا أسقطنا العوض لفساد فيه بقي البيع بلا عيب حيث قال فيه بحث إذا حاجة إلى اسقاط العوض بل يكفي اسقاط الشرط كما في شرط الخيار واعتبار قيمته مثل الخمر فقدر اه (أقول) ليس هذا بشئ لأن شيئا من اسقاط الشرط واعتبار قيمة مثل الخمر في البيع الفاسد بدون اسقاط نفس العوض مما لا يتصور أما الأول فلا أن اسقاط

الشفيع عن الأخذ في تلك المسئلة لم يكن مجرد بقاء حق البائع في الاسترداد بل مع لزوم تقرير الفساد ولا تقريره هنا على ما ذكرنا من تمكن المشتري من فسخ ما اشتراه بشرع فاسد (ثم إن سلم البائع) الدار المبيعة بالبيع الفاسد إلى المشتري (قبل الحكم بالشفعة) للبائع (بطلت الشفعة) لزوال ما كان يستحقه به (كما إذا باع بخلاف ما إذا سلم بعده) لان بقاء ما يستحق به الشفعة في ملك الشفعي بعد الحكم به ليس بشرط (وان استردها) أي الدار المبيعة بالبيع الفاسد من المشتري قبل الحكم بالشفعة بطلت شفيعته المشتري لانقطاع ملكه عما استحقه به قبل الحكم بها ولا تثبت الشفعة للبائع لانه لم يكن في وقت بيع المشفوع جارا (وان استردها بعد الحكم بقيت الثانية على ملكه لما بينا) أن بقاء ملكه في الدار التي يشفع بها بعد الحكم بالشفعة ليس بشرط

(قوله واعترض بأننا لانسلم أنه ممنوع) أقول لفظ الاخص يتكفل بدفع هذا الاعتراض فإنه لا يبق تصرف للبائع فيما إذا كان الخيار للمشتري بخلافه في البيع الفاسد فليتأمل فإن قوله في الفساد ممنوع عنه لا يتوقف عليه الاستدلال (قوله وأجيب بأننا لانسلم أن ذلك) أقول ظاهره مقابلة المنع بالمنع فلا بد أن يحمل السؤال على المعارضة وقوله لانسلم تسامح (قوله ولكنه أتى بالسؤال والجواب إشارة إلى) أقول واستظهر أيضا وقد سبق مثله في هذا الباب ثم قوله أتى بالسؤال يعني ضمنا

قال (واذا اقسّم الشركاء العقار فلا شفعة لجارهم بالقسمة الخ) وإذا اقسّم الشركاء العقار فلا شفعة لجارهم بالقسمة لان القسمة فيها معنى الافراز (ولهذا يجري فيها جبر القاضى والشفعة ما شرعت الا فى المبادلة المطلقة) (٤٤١) ولانها لو وجبت لوجب للقاسم

لكونه جارا بعد الافراز وهو متعذر (واذا اشترى دارا فسلم الشفعة ثم ردها المشتري بخيار رؤية أو خيار شرط أو بيع بقضاء قاض فلا شفعة للشفيع لانه فسخ من كل وجه فعاد الى قديم ملكه والصغير ولا شفعة فى قسمة ولا خيار رؤية وهو بكسر الراء ومعناه لا شفعة بسبب الرد بخيار الرؤية لمبيئته ولا تنص الرواية بالفتح عطا على الشفعة لان الرواية محفوظة فى كتاب القسمة انه ثبت فى القسمة خيار الرؤية وخيار الشرط لانهم ما يثبتان لخلل فى الرضا فيما يتعلق لزومه بالرضا وهذا المعنى موجود فى القسمة والله سبحانه أعلم

الشرط المتسدد الراجع الى العوض فى عقد المتبايعين بالبيع الفاسد يستدعى اسقاط نفس العوض المعين فى ذلك العقد ضرورة انتفاء المشروط بانتفاء شرطه وأما إمكان عدم اسقاط ما يصلح لأن يكون عوضا فى مطلق البيع فغير مفيد لان الشفعة انما يستحق أخذ المشفوع بالثمن الذى أخذه المشتري لا بمطلق جنس الثمن وأما الثانى فلان اعتبار قيمة مثل النحر فى البيع الواقع بين المسلمين غير ممكن لان مثل النحر ليس بحال متقوم عند أهل الاسلام فكيف يتصور اعتبار القيمة لما لا قيمة له وأما فى البيع الواقع بين الكفار فيمكن اعتبار القيمة لكونه مالا متقوما عندهم لكن مثل ذلك البيع الصادر منهم يبيع صحيح والشفعة بانه فيه كما مر فى فصل ما يؤخذ به المشفوع والكلام هنا فى البيع الفاسد فلا معنى للإيراد المذكور أصلا (قوله وإذا اقسّم الشركاء العقار فلا شفعة لجارهم بالقسمة لان القسمة فيها معنى الافراز ولهذا يجري فيها الجبر والشفعة ما شرعت الا فى المبادلة المطلقة) قال صاحب العناية ولانها لو وجبت لوجب للقاسم لكونه جارا بعد الافراز وهو متعذر اه (أقول) فيه نظر أما أولا فلان كون القاسم جارا بعد الافراز لا يقتضى ثبوت حق الشفعة له لان سبب استحقاق الشفعة ان لم يكن مقدما على زوال ملك المالك عن العقار المشفوع فلا أقل من كونه معه وقد تأخر عنه هنا حيث حصل الجوار بعد الافراز الذى يزول به ملك كل واحد من المتقسمين عن الجزء الشائع فى حصة الآخر وأما ثانيا فلان لا يلزم من عدم وجوب الشفعة للقاسم لاجل مانع يمنع عنه وهو التعتذر المذكور عدم وجوبها للجار الآخر الذى يتحقق فى حقه ذلك المانع فلا يتم التقريب وقال صاحب غاية البيان ولانه لو وجبت الشفعة وجبت للقاسم لانه شريك والشريك أولى من الجار ولا يجوز أن يقدم الجار على الشريك اه (أقول) فيه نظر أيضا أما أولا فلان القاسم انما كان شريكا قبل الاقسام وأما بعده فقد صار جارا فلا يلزم تقدم الجار على الشريك وأما ثانيا فلان تقدم الجار على الشريك انما يتصور ويبطل لو ثبت لذلك الشريك حق الشفعة وأما اذا لم يثبت له حقها للمانع كما نحن فيه فلا يتصور تقدم الجار على الشريك فى استحقاق الشفعة فضلا عن بطلان ذلك ألا ترى انه اذا اشترى دارا فسلم الشريك الشفعة فيها أخذها الجار اسقوط حق الشريك كما مر فى أوائل كتاب الشفعة ولا يلزم فيه أن يقدم الجار على الشريك فها طلل فيما نحن فيه (قوله ومراده الرد بالبيع بعد القبض) قال

(٥٦ - تكمله سابع) رواية الفتح نقد اثبتها الفقيه أبو الليث رحمه الله فى شرح الجامع الصغير ومعناها لا شفعة ولا خيار رؤية فى قسمة لانه لو رده بخيار الرؤية وهو متمكن من طلب القسمة فى ساعته لم يكن فى الرد فائدة

وفيه نظار سيعلم وأنكر نخر الاسلام كالمصدر الشهيد ومن تابعه هذه الرواية كما ذكره في الكتاب والامام فاضل خان في شرح الجامع الصغير جل روايه الفتح على ما اذا كانت التركة مكبلاً وموزوفاً من جنس واحد لان الرد فيه بخيار الرثة غير مفيد لان نصيبه في القسمة الثانية امان ان يكون غير ما وقع في الاولى او مثله ولا فائدة فيه فاما اذا كانت عقاراً او غير فانهم اذا قسموا تأتبار بما يقع نصيبه فيما يوافق فيه فيكون مفيداً والله اعلم (٤٤٣)

باب ما يبطل به الشفعة

تأخير البطلان عن الثبوت مما لا يحتاج الى بيان وجه اعلم ان تسليم الشفعة قبل المبيع لا يصح وبعده يصح علم الشفعين بوجوب الشفعة أو لم يعلم وعلم من أسقط اليه هذا الحق أو لم يعلم لان تسليم الشفعة اسقاط حق ولهذا يصح من غير قبول ولا يرتد بالرد واسقاط الحق يعتمد وجوب الحق دون علم المسقط والمسقط اليه كالطلاق والعناق (قوله واذا ترك الشفعين الا شهدا حين علم) يعني طلب الموائبة بالمبيع وهو يقدر على ذلك بطلت شفعتها وانما فسرنا بذلك لثلاث دماذ كقول هذا أن الا شهدا ليس بشرط فان ترك ما ليس بشرط في شيء لا يبطله وبعده قول المصنف من قبل والمراد بقوله في الكتاب (أشهد في مجلسه ذلك على المطالبة) أي طلب الموائبة وقوله ههنا لاعراضه عن الطلب وهذا يعني اشتراطه بالقدرة (لان الاعراض انما يتحقق حالة الاختيار وهي عند القدرة) فالاعراض يتحقق عند القدرة حتى لو سمع وهو في الصلاة فترك طلب الموائبة فهو على شفعتها وكذا ان طلب الموائبة وترك طلب التقرير والاشهاد على ما أوضحه فيما تقدم فان قوله وفيه نظار سيعلم) أقول بعد أسطر

باب ما يبطل به الشفعة

قال (واذا ترك الشفعين الا شهدا حين علم بالمبيع وهو يقدر على ذلك بطلت شفعتها) لاعراضه عن الطلب وهذا لان الاعراض انما يتحقق حالة الاختيار وهي عند القدرة (وكذلك ان أشهد في المجلس ولم يشهد على أحد المتبايعين ولا عند العقار) وقد أوضحناه فيما تقدم جماعة من الشراح أي مراد القدر في قوله أو يعيب بقضاء قاض الرد بالعيب بعد القبض ورث عليهم ذلك صاحب العناية حيث قال قال الشارحون قوله ومراده أي مراد القدر في قوله أو يعيب بقضاء قاض الرد بالعيب بعد القبض وفيه نظار لانه يناقض قوله هناك ولا فرق في ههنا بين القبض وعدمه اه وقال بعض العلماء بعد نقل كلام صاحب العناية وفيه كلام وهو انه يمكن أن يقال مراد صاحب الهداية كون التقييد بالقضاء لغوا في صورة عدم القبض لا الفرق بين القبض وعدمه حتى يناقض ما سبق فيتم كلام الشارحين كما لا يخفى فليتأمل اه كلامه يعني يمكن أن يقال من جانب هؤلاء الشارحين ان مراد صاحب الهداية بحمل قول القدر في أو يعيب بقضاء قاض على الرد بالعيب بعد القبض صيانة كلام القدر عن اللغو فان الرد قبل القبض لما كان فسخاً من الاصل لم يثبت به حق الشفعة أصلاً سواء كان بقضاء أو بغير قضاء فلولم يكن المراد بقوله أو يعيب بقضاء قاض هو الرد بالعيب بعد القبض لكان التقييد بالقضاء لغوا في صورة عدم القبض وليس مراد صاحب الهداية الفرق بين القبض وعدمه في الحكم فيما اذا كان الرد بالقضاء حتى يناقض قوله ههنا ما سبق (أقول) الحق ان مراد صاحب الهداية ما ذهب اليه صاحب العناية وان ما ذكره ذلك البعض ساقط أما الاول فلا نعلم لو كان مراده ما ذهب اليه هؤلاء الشارحون لما ذكر قوله ومراده الرد بالعيب بعد القبض فيما بعد بيان قول القدر في وان ردها يعيب بغير قضاء الخ بل كان ينبغي أن يذكره قبله أثناء بيان قوله ثم ردها المشتري بخيار رؤية أو شرط أو يعيب بقضاء قاض وهذا لما لا يذهب على ذي فطرة سليمة درية بأساليب كلام الثقات سيما المصنف وأما الثاني فلا نعلم عدم ظهور فائدة التقييد بالقضاء بالنظر الى صورة عدم القبض لا يقتضي كون التقييد بالقضاء لغوا على تقدير كون قول القدر في أو يعيب بقضاء قاض عاماً شامل للصورة في القبض وعدمه لان ظهور فائدة التقييد بالنظر الى بعض أفراد الكلام العام كاف في كون ذلك الكلام المقيد بذلك القيد مصوناً عن اللغو وغير مخجل بعمومه فرداً آخر أيضاً لا يمكن القيد منافياً للعموم ذلك الفرد الآخر ههنا كذلك فان القضاء كما يتصور بعد القبض يتصور قبل القبض أيضاً غاية الامر أن تأثير القضاء في عدم ثبوت حق الشفعة انما يظهر فيما بعد القبض تأمل نقف

باب ما يبطل به الشفعة

لما كان بطلان الشيء يقتضي سابقة ثبوته ذكر ما يبطل به الشفعة بعد ذكر ما يثبت به الشفعة (قوله واذا ترك الشفعين الا شهدا حين علم بالمبيع وهو يقدر على ذلك بطلت شفعتها لاعراضه عن الطلب)

فان

طلب الموائبة فهو على شفعتها وكذا ان طلب الموائبة وترك طلب التقرير والاشهاد على ما أوضحه فيما تقدم

*) (باب ما يبطل به الشفعة) *

قال المصنف (واذا ترك الشفعين الا شهدا حين علم بالمبيع الخ) أقول قوله حين علم إشارة الى ما عليه عامة المشايخ من أن طلب الشفعة على الفور خلاف ما أشار اليه في باب طلب الشفعة فتذكر (قوله يعني طلب الموائبة) أقول يعني ترك نفسه طلب الموائبة مطلقاً أشهد أولاً

(وان صالح من شفيعته على عوض بطلت الشفعة ورد العوض) اما بطلان الشفعة فلان حق الشفعة ليس بحق متقرر في المحل لانه مجرد حق التملك وليس بحق متقرر في المحل لا يصح الاعتياض عنه واما رد العوض فلان حق الشفعة اسقاط لا يتعلق بالجائز من الشرط يعني الشرط الملازم وهو ان يتعلق اسقاطه بشرط ليس فيه ذكر المال مثل قول الشفيع المشتري سلمت شفعة هذه الدار ان اجر تيم أو أعرنتها (فبالفساد) وهو ما ذكر فيه المال (أولى) والفاصل بين الملازم وغيره ان ما كان فيه (٣٤ ٤) توقع الانتفاع بمنافع المشفوع كالاجارة

والعادية والتولية ونحوها فهو ملازم لان الاخذ بالشفعة يستلزمه وما لم يكن فيه ذلك كاخذ العوض فهو غير ملازم لانه اعراض عن لازم الاخذ واذا لم يتعلق بالشرط وقد وجد الاسقاط بطل الشرط وصح الاسقاط لا يقال لم يثبت فساد هذا الشرط فكيف يصح الاستدلال به

(قوله فلان حق الشفعة

ليس بحق متقرر)

أقول على هذا التقرير

لا يوجد شرط انتاج الشكل

الاول الا أن تجهل

الصغرى موجبة سالبة

المحمول والا حسن أن

يقرر هكذا حق الشفعة

ليس بحق متقرر وكل حق

يصح الصلح عنه حق متقرر

حتى يكون من الشكل

الثاني (قوله واما رد

العوض فلان حق الشفعة

الخ) أقول والحق عندي

أن قوله لان حق الشفعة

دليل على رد العوض وقوله

ولا يتعلق اسقاط الخ على

بطلان الشفعة على عكس

ما قرره الشارع وعليك

قال (وان صالح من شفيعته على عوض بطلت شفيعته ورد العوض) لان حق الشفعة ليس بحق متقرر في المحل بل هو مجرد حق التملك فلا يصح الاعتياض عنه ولا يتعلق اسقاطه بالجائز من الشرط فبالفساد أولى فيبطل الشرط ويصح الاسقاط

فان قيل جعل ترك الاشهاد ههنا مبطلا للشفعة وذ كرقيل هذا في باب طلب الشفعة أن الاشهاد ليس بلازم وانما هو لثبتي التجاهد وكذلك ذكر في النخبة وغيره ان الاشهاد ليس بشرط وانما ذكر أصحابنا الاشهاد عنده هذا الطلب في الكتب بطريق الاحتياط حتى لو أنكرا المشتري هذا الطلب يتمكن الشفيع من اثباته لانه شرط لازم ولما لم يكن الاشهاد شرطا لازما لم يكن تركه مبطلا للشفعة فواجه التوفيق بينهما قلنا يحتمل أن يريد به هذا الاشهاد نفس طلب الموائبة ولكن لما كان طلب الموائبة لا ينقل عن الاشهاد في حق علم القاضي سمي هذا الطلب اشهادا والدليل على هذا ما ذكره من التعليل في حق ترك طلب الموائبة من قبل ما ذكره من التعليل ههنا كذا في النهاية ومعراج الدراية واكتفى في تاج الشريعة وصاحب الكفاية بتفسير الاشهاد المذكور ههنا بطلب الموائبة حيث قالوا اذا ترك الشفيع الاشهاد أى طلب الموائبة واستغنوا بهذا التفسير عن التعرض لتفصيل السؤال والجواب بالكتابة وفسره صاحب العناية أيضا بما فسرناه به ولكن قال بعده وانما فسرنا بذلك لئلا يرد ما ذكر قبل هذا ان الاشهاد ليس بشرط فان ترك ما ليس بشرط في شيء لا يبطله ويغضه قول المصنف من قبل والمراد بقوله في الكتاب أشهد في مجلسه ذلك على المطالبة طلب الموائبة وقوله ههنا لا عراضه عن الطلب الى هنا كلامه (أقول) فيه خلل لان جعل قول المصنف ههنا لا عراضه عن الطلب عاضدا أى معينا لكون المراد بالاشهاد المذكور في الكتاب ههنا نفس طلب الموائبة صحيح اذ لو كان الاشهاد ههنا على معناه الظاهري لقال في تعليل بطلان الشفعة بتركه لا عراضه عن الاشهاد دون أن يقال لا عراضه عن الطلب وهو الذي أشار اليه صاحب النهاية ومعراج الدراية بقوله ما والدليل عليه ما ذكره من التعليل في حق ترك طلب الموائبة مثل ما ذكره من التعليل ههنا اه واما جعل قول المصنف من قبل والمراد بقوله في الكتاب أشهد في مجلسه ذلك على المطالبة طلب الموائبة عاضدا أيضا لذلك فليس بصحيح اذ لا يذهب على ذي سكة ان مراد المصنف هناك بقوله المذكور هو ان المراد بقوله في الكتاب على المطالبة طلب الموائبة لا طلب التقرير وليس مراده ان المراد بقوله في الكتاب أشهد على طلب الموائبة اذ لو كان كذلك لكان معنى ما في الكتاب طلب في مجلسه ذلك على المطالبة وفساده من حيث اللفظ والمعنى غير خاف على أحد والمفسر ههنا بطلب الموائبة نفس الاشهاد فاین هذا من ذلك وكيف يتصور أن يكون أحد ههنا عاضدا لآخر (قوله وان صالح من شفيعته على عوض بطلت الشفعة ورد العوض لان حق الشفعة ليس بحق متقرر في المحل بل هو مجرد حق التملك فلا يصح الاعتياض عنه ولا يتعلق اسقاطه بالجائز من الشرط فبالفساد أولى فيبطل الشرط ويصح الاسقاط) قال صاحب العناية

بالأمل وكن الحاكم الفصل ثم قوله اسقاط مبتدأ وقوله لا يتعلق الخ خبره (قوله وهو ان يتعلق اسقاطه بشرط ليس فيه الخ) أقول لا يخفى عليك أن الشرط المذكور في مثل قول الشفيع أسقطت شفيعتي فيما اشتريت على أن تسقط شفعتك فيما اشتريت ملازم على ما ذكره من التفسير وغير ملازم على ما ذكره في بيان الفاصل فليأمل قال المصنف (فبالفساد أولى) أقول وهو شرط الاعتياض عن حق ليس بمال فان قلت متى ثبت فساد فلان في الدليل الاول فليأمل (قوله ونحوها فهو ملازم) أقول كالمزارعة والمعاملة (قوله لا يقال لم يثبت فساد هذا الشرط الخ) أقول انا كان المراد بالفساد عدم الملازمة لا تنوجه السؤال

في شرح هذا المقام وان صالح من شفيعته على عوض بطلت الشفعة ورد العوض أما بطلان الشفعة فلا نحق الشفعة ليس بحق متقرر في المحل لانه مجرد حق التملك وما ليس بحق متقرر في المحل لا يصح الاعتياض عنه وأما رد العوض فلا نحق الشفعة اسقاط لا يتعلق بالجائز من الشرط يعني الشرط الملازم وهو أن يتعلق اسقاطه بشرط ليس فيه ذكرا للمال مثل قول الشفيع للشعري سلمت شفعة هذه الدار ان أجرتنيها أو أعترتها فبالفساد وهو ما ذكر فيه المال أولى اه كلامه (أقول) هذا شرح سقيم غير مطابق للشروح لانه وزع تعليل المصنف بقوله لان حق الشفعة ليس بحق متقرر في المحل الخ الى قوله بطلت الشفعة والى قوله ورد العوض فجعل قوله لان حق الشفعة الى قوله فلا يصح الاعتياض عنه دليلا على قوله بطلت الشفعة وجعل قوله ولا يتعلق اسقاطه الخ دليلا على قوله ورد العوض بطريق اللف والنشر المرتب ولا يخفى على ذي فطرة سليمة متأمل في كلام المصنف بأدنى تأمل ان حق التوزيع على عكس ذلك وهذا مع كونه مما يدل عليه قطعاً معنى المقام يرشد اليه جدا التفريعان المذكوران في ذيل الدليلين الحاصلين من التوزيع أعني قوله فلا يصح الاعتياض عنه في الاول وقوله فيبطل الشرط ويصح الاسقاط في الثاني تبصر واعترض صاحب غاية البيان على قول المصنف ولا يتعلق اسقاطه بالجائز من الشرط فبالفساد أولى حيث قال ولنا فيه نظران اسقاط حق الشفعة يتعلق بالجائز من الشرط ألا يرى الى ما قال محمد في الجامع الكبير لو قال الشفيع سلمت شفعة هذه الدار ان كنت اشتريتها لنفسك وقد اشترتها لغيره أو قال للبايع سلمتها لك ان كنت بعته لنفسك وقد باعها لغيره فهذه ليس بتسليم وذلك لان الشفيع علق التسليم بشرط وصح هذا التعليق لان تسليم الشفعة اسقاط محض كالطلاق والعنق ولهذا لا يرتد بالرد وما كان اسقاطا محضاً صح تعليقه بالشرط وما صح تعليقه بالشرط لا يترك الا بعد وجود الشرط فلا يترك التسليم اه قال الشارح العيني بعد نقل هذا النظر عن صاحب الغاية قلت استخرج هذا النظر الغير الوارد من قول الشيخ أبي المعين النسفي في شرح الجامع الكبير حيث قال فيه فان قيل اذا لم يجب العوض يجب أن لا تبطل الشفعة أيضاً لانه انما يبطل حقه بشرط سلامة العوض فاذا لم يسلم وجب أن لا تبطل كافي الكفالة اذا صالح الكفيل المكفول له على مال حتى يبرئه من الكفالة لما لم يجب العوض لم تثبت البراءة قيل له بأن المال لا يصلح عوضاً عن الشفعة فصار كالتجر والخزير في باب الخلع والصلح عن دم العمدة ونحوه يقع الطلاق ويسقط القصاص اذا وجد المكفول من المرأة والقاتل ولم يجب شيء كذا هنا وأما الصلح عن الكفالة بالنفس فكذلك على ما ذكر محمد في كتاب الشفعة من المبسوط وكتاب الكفالة والحوالة من المبسوط في رواية أبي حفص وعلى ما ذكر في كتاب الحوالة والكفالة من المبسوط في رواية أبي سليمان لا يبرأ ويحتاج الى الفرق والفرق ان حق الشفيع قد سقط بعوض معنى فان الثمن سلم فانه متى أخذ الدار بالشفعة وجب عليه الثمن فحق سلم له الثمن فقد سلم له نوع عوض بآراء التسليم فلا بد من القول بسقوط حقه في الشفعة فأما المكفول له فلم يرض بسقوط حقه عن الكفيل بغير عوض ولم يحصل له عوض أصلاً فلا يسقط حقه في الكفالة اه ومن هذا الجواب يحصل الجواب عن النظر المذكور الى هنا لفظ شرح العيني (أقول) لا يذهب عليك أنه لا يحصل من الجواب المذكور في كلام الشيخ أبي المعين الجواب عن النظر المزبور بل لا ماساس له بذلك لان ما وقع من السؤال والجواب في كلام الشيخ أبي المعين متعلق بأصل المسئلة والنظر المزبور متعلق بمقدمة الدليل وهي قوله ولا يتعلق اسقاطه بالجائز من الشرط فأحدهما معزول عن الآخر كيف لا وقد ذكر صاحب الغاية أولاً كلام الشيخ أبي المعين بتمامه فقلنا عنه حيث قال وأورد الشيخ أبو المعين النسفي في شرح الجامع سؤالاً وجواباً في هذا الموضع قال فان قيل اذا لم يجب العوض يجب أن لا تجب شفيعته أيضاً الى آخر كلامه ثم أورد نظراً المذكور في حاشية أخرى ولم يجب عنه فينبغي ما بون لا يخفى

لانا نقول ثبت بالدليل الاول فصحه الاستدلال وقوله (على عوض) اشارة الى أن الصلح اذا كان على بعض الدار صح ولم تبطل الشفعة لان ذلك على وجهين أحدهما أن يصلحه على أخذ نصف الدار بنصف الثمن وفيه الصلح جائز لفقد الاعراض والثاني أن يصلحه على أخذ بيت بعينه من الدار بحصته من الثمن والصلح فيه لا يجوز لان حصته مجزئة وله الشفعة لفقد الاعراض

(قوله لانا نقول ثبت بالدليل الاول) أقول دلالة الدليل الاول على فساد كلا الشرطين لا الثاني فقط تأمل (قوله اذا كان على بعض الدار صح) أقول لان بعض الشيء لا يكون عوضاً عنه

قوله (وكذا الوبايع شفعتهم) يعني أنها تبطل (المأبينا) أن حق الشفعة ليس بحق متقرر في المحل حتى يصح الاعتياض عنه فكان أعراضا فان قيل حق الشفعة كحق القصاص والطلاق والعناق في كونها غير أموال والاعتياض عنها صحيح أجب بقوله بخلاف القصاص لانه حق متقرر والفاصل بين المتقرر وغيره ان ما يتغير بالصلح عما كان قبله فهو متقرر وغيره غير متقرر واعتبر ذلك في الشفعة والقصاص فان نفس القاتل كانت مباحة في حق من له القصاص وبالصلح حصل له العصمة في دمه فكان حقا متقدرا فأما في الشفعة فان المشتري يملك الدار قبل الصلح وبعده على وجه واحد فلم يكن حقا متقدرا وبخلاف الطلاق والعناق لانه اعتياض عن ملك في المحل ونظيره اذا قال الزوج للخيرة اختاري بيني بألف أو قال العنين لامرأته اختاري ترك الفسخ بألف فاختارت الخيرة الزوج وامرأة العنين ترك الفسخ سقط الخيار ولا يثبت العوض لانه مال لبعضها قبل اختيارها وبعده على وجه واحد فكان أخذ العوض أكل مال بالباطل وهو لا يجوز (والكفالة بالنفس في هذا) أي في بطلان الكفالة (٤٤٥) والعوض (بمنزلة الشفعة) في رواية

وكذا الوبايع شفعتهم بمال مأبينا بخلاف القصاص لانه حق متقرر وبخلاف الطلاق والعناق لانه اعتياض عن ملك في المحل ونظيره اذا قال للخيرة اختاري بيني بألف أو قال العنين لامرأته اختاري ترك الفسخ بألف فاختارت سقط الخيار ولا يثبت العوض والكفالة بالنفس في هذا بمنزلة الشفعة في رواية وفي أخرى لا تبطل الكفالة ولا يجب المال وقيل هذه رواية في الشفعة وقيل هي في الكفالة خاصة وقد عرف في موضعه

ثم قال صاحب العناية وقوله على عوض إشارة إلى أن الصلح اذا كان على بعض الدار صح ولم تبطل الشفعة لان ذلك على وجهين أحدهما أن يصلح على أخذ نصف الدار بنصف الثمن وفيه الصلح جائز لا يفقد الأعراض والثاني أن يصلح على أخذ نصف بعينه من الدار بحصته من الثمن والصلح فيه لا يجوز لان حصته مجهولة وله الشفعة لفقد الأعراض اهـ (أقول) فيه بحث أما أولا فلا نأنا لان سلم ان في قوله على عوض إشارة إلى أن الصلح اذا كان على بعض الدار صح ولم تبطل الشفعة اذا لا يتصور إشارة قوله المذكور الى ذلك الا بطريق مفهوم المخالفة ولا شك ان مفهوم قوله على عوض بطريق المخالفة هو معنى بلا عوض وهو يعم بعض الدار وكل الدار وما ليس بدار ولا عوض أصلا اذا لا يصلح شيء منهما لأن يكون عوضا فيصير الصلح في جميع هذه الصور بلا عوض وان مفهوم قوله في جواب المسئلة تبطلت الشفعة ورد العوض نعم أيضا ما صح الشرط وبطلت الشفعة وما لم يصح الشرط ولم تبطل الشفعة وما صح الشرط والشفعة أيضا في بين هذه الاحتمالات كيف يحصل الإشارة الى خصوص ان الصلح اذا كان على بعض الدار صح ولم تبطل الشفعة كما في الوجهين اللذين ذكرهما نعم الحكم في الوجهين اللذين ذكرهما كورين كما قاله على ما صرح به في المبسوط وعامة المعبرات لكن الكلام في عدم تمام إشارة عبارة الكتاب اليه كما دعاها صاحب العناية وأما ثانيا فلا نعلم جواز الصلح في الوجه الاول من الوجهين اللذين ذكرهما بفقد الأعراض مما لا يكاد يتم لان فقد الأعراض متحقق في الوجه الثاني منهما أيضا كما صرح به مع عدم جواز الصلح فيه لجهالة الحصة المشروطة في الصلح على ما نص عليه فالوجه في تعليل جواز الصلح في الوجه الاول أن يقال لكون الحصة معاومة تدبر (قوله وكذا الوبايع شفعتهم بمال مأبينا)

كتاب الشفعة والحوالة والكفالة والصلح من رواية أبي حفص وقيل وعليه الفتوى ووجهه أن حق الكفيل في الطلب وهو فعل فلا يصح الاعتياض عنه (وفي رواية) كتاب الصلح من رواية أبي سليمان (لا تبطل الكفالة ولا يجب المال) والفرق بينهما وبين الشفعة أن الكفالة لا تسقط الابتسام الرضا وله هذا لا تسقط بالسكوت وتتمام الرضا انما يتحقق اذا وجب المال وأما حق الشفعة فليس كذلك لانه يسقط بالسكوت بعد العلم به وقيل هذه الرواية أي رواية أبي سليمان في الكفالة تكون رواية في الشفعة أيضا حتى لا تسقط الشفعة بالصلح على مال ولا يجب المال

(وقيل هي) أي هذه الرواية المذكورة (في الكفالة خاصة) يعني لا تبطل الكفالة بالصلح على مال وتبطل الشفعة بالصلح على مال (وقد عرف في موضعه) أي في المبسوط

قال المصنف (وكذا الوبايع شفعتهم بمال مأبينا) أقول يعني أنفاو أنت تعلم أن ما بينه لا ينبغي تمام المدعى ههنا اذا لا اسقاط في البيع فلا بد من ملاحظة مقدمة أخرى (قوله فكان حقا متقدرا) أقول يعني كان القصاص حقا متقدرا (قوله فأما في الشفعة فان المشتري الخ) أقول فيه بحث ان حق الشفعة انما يثبت للشفيع لا للمشتري وذلك تغيير بالصلح حيث سقط ولم يبق له قدرة التملك جبرا بمثل غنه وبعبارة أخرى ان الدار كانت مباحة التملك جبرا بمثل غنه وبالصلح خرجت عن كونها كذلك فليتنامل فيه تجوابه غير خفي (قوله ووجهه ان حق الكفيل في الطلب الخ) أقول ولعل الاضافة لا تفي ملازمة والمعنى حق الطالب على الكفيل (قوله ولهذا لا تسقط بالسكوت) أقول أي بسكوت الطالب

قال (واذا مات الشفيع بطلت شفيعته الخ) اذا طلب الشفيع الشفاعة وثبتها بطلين ثم مات قبل الاخذ فاما ان يكون موته قبل القضاء بالشفعة أو تسليم المشتري اليه أو بعد ذلك فان كان الاول بطلت شفيعته وليس لو رثته أن يأخذوها وان كان الثاني فلهم ذلك وقال الشافعي الاول كالثاني بناء على أصله أن الحقوق تنقل الى الورثة سواء كانت مما يعرض عنها أو لم تكن لان الوارث يقوم مقام المورث لكون حاجته كحاجته وقلنا الشفعة بالملك وقد زال بالموث والذي ثبت للوارث حادث بعد البيع وهو غير معتبر لانتفاء شرطه وهو قيامه وقت البيع وبقاؤه الى وقت القضاء ولهذا أزاله باختياره بأن باع تسقط وهذا نظير الاختلاف في خيار الشرط في أن الثابت للشفيع حق أن يتملك والخيار بين الاخذ والترك وان مات المشتري لم تبطل الشفعة لبقاء المستحق (ولا تباع الدار في دين المشتري ووصيته) أي لا يقدم دين المشتري ووصيته على حق الشفيع لان حق الشفيع مقدم على حق المشتري كما تقدم فلو كان مقدما على حق من ثبتت حقه من جهته أيضا وهو الغريم والموصي له فان باعها القاضي أو وصيه في دين الميت فللشفيع أن يقضيه كالمو باعها المشتري في حياته لا يقال يبيع القاضي حكم منه فكيف ينتقض بانه قضاء منه بخلاف الاجماع للاجماع على أن للشفيع حق نقض تصرف المشتري فلا يكون (٤٤٦) نافذا واذا باع الشفيع ما يشفع فيه قبل القضاء بها فاما ان يكون بائنا أو بالخيار له فان

كان الاول بطلت شفيعته لزوال السبب وهو الاتصال بالملك قبل التملك (ولهذا) أي ولان زوال السبب مبطل (يزول به) أي بالبيع وان لم يعلم الشفيع بشراء المشفوعة لان العلم بالسقط ليس بشرط لصحة الاسقاط كما اذا سلم صريحا أو ابراعن الدين ولا يعلم أن له دينًا وطولب بالفرق بينها وبين ما اذا ساوم الشفيع المشفوعة من المشتري أو استأجرها منه فان علم بالشراء سقطت والا فلا وأجب بأن المساومة والاجارة لم يوضعا للتسليم

قال (واذا مات الشفيع بطلت شفيعته) وقال الشافعي تورث عنه قال رضي الله عنه معناه اذا مات بعد البيع قبل القضاء بالشفعة أما اذا مات بعد قضاء القاضي قبل نقد الثمن وقضيه فالبيع لازم لو رثته وهذا نظير الاختلاف في خيار الشرط وقد مر في البيوع ولانه بالموث نزول ملكه عن داره ويثبت الملك للوارث بعد البيع وقيامه وقت البيع وبقاؤه للشفيع الى وقت القضاء شرط فلا يستوجب الشفعة بدونه (وان مات المشتري لم تبطل) لان المستحق باق ولم يتغير سبب حقه ولا يباع في دين المشتري ووصيته ولو باعه القاضي أو الوصي أو وصي المشتري فيه أو وصية فللشفيع أن يبطله وبأخذ الدار تقدم حقه ولهذا ينتقض تصرفه في حياته قال (واذا باع الشفيع ما يشفع به قبل أن يقضى له بالشفعة بطلت شفيعته) لزوال سبب الاستحقاق قبل التملك وهو الاتصال بملكه ولهذا يزول به وان لم يعلم بشراء المشفوعة كما اذا سلم صريحا أو ابراعن الدين وهو لا يعلم به وهذا بخلاف ما اذا باع الشفيع داره بشرط الخيار لانه يمنع الزوال ففي الاتصال قال (ووكيل البائع اذا باع وهو الشفيع فلا شفعة له ووكيل المشتري اذا ابتاع فله الشفعة) والاصل ان من باع أو بيع له لاشفعة له أشار به الى قوله لان حق الشفعة ليس بحق منقرر في المحل بل هو مجرد حق التملك فلا يصح الاعتياض عنه كذا في الشروح قال بعض الفضلاء وأنت تعلم ان ما بينه لا يفي بتمام المدعى هنا اذا اسقاط في البيع فلا بد من ملاحظة مقدمة أخرى اه أقول نعم لا اسقاط في البيع الحقيقي وأما ما نحن فيه وهو بيع الشفعة عمال فليس يبيع حقيقة يعرف ذلك مما بينه من قبل وهو قوله لان حق الشفعة ليس بحق منقرر الى قوله فلا يصح الاعتياض عنه فانه اذا لم يصح الاعتياض عنه لم يكن يباع حقيقة لانه من

المعاوضات

والابراء

وانما تسقط جهالا لئلا تاعلى رضا الشفيع والرضا بدون العلم غير متحقق بخلاف التسليم الصريح والابراء ورد بأن يبيع ما يشفع به لم يوضع للتسليم وقد ذكرتم أنه يبطلها وان لم يعلم وأجب بأن بقاء ما يشفع به شرط الى وقت القضاء بالشفعة وانتفاء الشرط يستلزم انتفاء المشروط فكان كل موضوع له في قوة الدلالة وان كان الثاني لم تبطل شفيعته لان الخيار يمنع الزوال ففي الاتصال قال (ووكيل البائع اذا باع وهو الشفيع فلا شفعة له الخ) ذكر الاصل وهو ان من باع عقارا هو شفيعه كالمو كبل بالبيع أو يبيع له كرب المال اذا باع المضارب دارا من المضاربة ورب المال شفيعها فلا شفعة له

قال المصنف (ولانه بالموث يزول ملكه) أقول عطف على المعنى كأنه قال لما مر في البيوع ولانه (قوله لان العلم بالسقط الخ) أقول لعلى المراد العلم بالسقط لوصف كونه مسقطا (قوله وان كان الثاني الخ) أقول معطوف الى ما تقدم بثانية أسطر تخمينيا وهو قوله فان كان الاول بطل شفيعته لزوال السبب (قوله وهو الشفيع) أقول وهو راجع الى قوله رجلا قال المصنف (ووكيل المشتري الى قوله لاشفعة له) أقول قال في غاية الوفاية من باع عقارا هو شفيعه كالمو كبل بالبيع أو يبيع له كرب المال اذا باع المضارب دارا من المضاربة ورب المال شفيعها فلا شفعة له ومن اشترى كوكيل المشتري أو اشترى له كالمو كل بالشراء فله الشفعة الخ اه كلامه معناه الموكل بالشراء اذا كان شفيعا للدار المشفوعة وان كان الآخر الادنى منه سقط به وان ساواه تناصفا

ومن اشترى لو كيل المشتري أو اشترى له كالأكيل بالشراؤه فله الشفعة لما ذكر في الكتاب وهو أن الأول يسعى في نقض ما تم من جهته وهو البيع والثاني ليس كذلك لأن أخذه بالشفعة كالشراء في كونها رغبة في المشفوعة والشفعة إنما تبطل في الرغبة عنها (وكذلك) أي كوكيل البائع لو ضمن المشتري الدرك رجلا عن البائع وهو الشفيع فلا شفعة له لأن تمام البيع إنما كان من جهته حيث لم يرض المشتري إلا بضمائه فكان الأخذ بالشفعة سعيًا في نقض ما تم من جهته (وكذا إذا باع وشروط الخيار لغيره الخ) وإذا بلغ الشفيع أنها بيعت بألف فسلم الشفعة ثم علم أنها بيعت بأقل منها أو بخطئة أو بشعير قيمتها ألف (٤٤٧) أو أكثر فسلمه باطل وهو على

شفعته أما في الأول فلا نه
انما سلم استكنارا بالنحن
المذكور فاذا ظهر أقل من
ذلك بطل تسليمه قال في
النهاية كأنه قال سلمت ان
كان الثمن ألفا أراد أنه
تسليم مشروط بشرط
فينتق بالتقاء شرطه وفيه
تظريسياتي بخلاف ما إذا
ظهر أكثر من ألف فان
مستكثر الألف أكثر
استكنارا إلا كثره كان
التسليم صحيحا وأما في
الثاني فلا نه رجعا لم تعدر
الجنس الذي بلغه وتيسر
ما بيع به إذا الجنس مختلف
قال في النهاية تقييده بقوله
قيمتها ألف أو أكثر غير مفيد
فانه لو كان قيمتها أقل مما
اشترى من الدراهم كان
تسليمه باطلا أيضا وتكلف
لذلك كثيرا وهو يعلم
بالاولوية فان التسليم اذا لم
يصح فيما اذا ظهر الثمن
أكثر من المسمى فلا أن
لا يصح اذا ظهر أقل كان
أولى وكذا كل مكيل أو

ومن اشترى أو ابتاع له فله الشفعة لأن الأول بأخذ المشفوعة يسعى في نقض ما تم من جهته وهو البيع والمشتري لا ينقض شراؤه بالأخذ بالشفعة لانه مثل الشراء (وكذلك لو ضمن الدرك عن البائع وهو الشفيع فلا شفعة له) وكذلك إذا باع وشروط الخيار لغيره فأقصى المشروط له الخيار البيع وهو الشفيع فلا شفعة له لأن البيع تم بامضائه بخلاف جانب المشروط له الخيار من جانب المشتري قال (وإذا بلغ الشفيع أنها بيعت بألف درهم فسلم ثم علم أنها بيعت بأقل أو بخطئة أو بشعير قيمتها ألف أو أكثر فسلمه باطل وله الشفعة) لانه انما سلم استكنارا للنحن في الأول ولتعدر الجنس الذي بلغه وتيسر ما بيع به في الثاني إذا الجنس مختلف وكذا كل مكيل أو موزون أو عددي متقارب بخلاف ما إذا علم أنها بيعت بعرض قيمته ألف أو أكثر لأن الواجب فيه القيمة وهي دراهم أو دنائير وإن بان أنها بيعت بدناير قيمتها ألف فلا شفعة له وكذا إذا كانت أكثر وقال زفر له الشفعة لاختلاف الجنس ولأن الجنس مقصد في حق الثنية

المعاوضات المالية ولم يكن أيضا شيئا من المعاوضات أصلا فلا جرم كان اسقاطا فتم به المطلوب هنا وعن هذا قال في المبسوط لو باع شفعته بمال كان تسليما لأن البيع عليك مال بمال وحق الشفعة لا يحتمل التملك فيصير كلامه عبارة عن الاسقاط مجازا كبيع الزوج زوجته من نفسها اه (قوله وإذا بلغ الشفيع أنها بيعت بألف درهم فسلم ثم علم أنها بيعت بأقل أو بخطئة أو بشعير قيمتها ألف أو أكثر فسلمه باطل وله الشفعة) قال صاحب النهاية تقييده بقوله قيمتها ألف أو أكثر غير مفيد فانه لو كان قيمتها أقل مما اشترى من الدراهم كان تسليمه باطلا أيضا لأن إطلاق ما ذكره في المبسوط والايضاح دليل عليه حيث قال في المبسوط وكذلك لو أخبر أن الثمن عبد أو ثوب ثم ظهر أنه كان مكبلا أو موزونا فهو على شفيعته ولم يتعرض ان قيمة المكبل والموزون أقل من قيمته التي اشترى بها أو أكثر وكذلك تعليله دال عليه وكذلك ما ذكره في الايضاح من الإطلاق والتعليل دال عليه وهكذا أيضا استدلال في الذخيرة بما ذكره في المبسوط وقال فلما أخبر أن الثمن شيء هوم من ذوات القيم فسلم ثم ظهر أنه كان مكبلا أو موزونا فهو على الشفعة هكذا ذكره شمس الأئمة السرخسي ثم قال فعلى هذا القياس لو أخبر أن الثمن ألف درهم فاذا ظهر أنه مكبل أو موزون فهو على شفيعته على كل حال إلى هنا لفظ النهاية وقال صاحب العناية قال في النهاية تقييده بقوله قيمتها ألف أو أكثر غير مفيد فانه لو كان قيمتها أقل مما اشترى من الدراهم كان تسليمه باطلا أيضا وتكلف لذلك كثيرا وهو يعلم بالاولوية فان التسليم اذا لم يصح فيما اذا ظهر الثمن أكثر من المسمى فلا أن لا يصح اذا ظهر أقل أولى اه (أقول) ما ذكره صاحب العناية لا يدفع ما فله صاحب النهاية من كون التقييد الواقع في عبارة الكتاب بقوله قيمتها ألف أو أكثر

موزون أو عددي متقارب لكونه في معنى المكبل بخلاف ما إذا علم أنها بيعت بعرض قيمته ألف أو أكثر لأن الواجب فيه القيمة وهي دراهم أو دنائير فصار كالأكيل بيعت بألف فلم يتم ظهور أكثر من ذلك ولو كانت قيمتها أقل من ذلك لم يصح التسليم وان ظهر أنها بيعت بدناير قيمتها ألف أو أكثر فلا شفعة له وقال زفر له الشفعة لاختلاف الجنس ولهذا حل التفاضل بينهم ما ولنا أنهم ما جنس واحد في حق المقصود وهو الثنية ومبادلة أحدهما بالآخر متيسرة عمادة

(قوله وتكلف لذلك كثيرا الخ) أقول هذا لا يدفع كلام صاحب النهاية فانه لا كلام في إيهام هذا التقييد بمن أول الوهلة ما ذكره فالأولى هو الإطلاق

(واذا قيل للشفيع ان المشتري فلان فسلم الشفعة ثم تبين انه غيره فله الشفعة لتفاوت الجوار) فالرضا بجوار شخص قد لا يكون رضا بجوار غيره قال محمد رحمه الله في (٤٤٨) الجامع لو قال الشفيع سلمت شفعة هذه الداران كنت اشترى بهما لنفسك وقد

قال (واذا قيل له ان المشتري فلان فسلم الشفعة ثم علم انه غيره فله الشفعة) لتفاوت الجوار (ولو علم ان المشتري هو مع غيره فله ان يأخذ نصيب غيره) لان التسليم لم يوجد في حقه (ولو بلغه شراء النصف فسلم ثم ظهر شرعا للجميع فله الشفعة) لان التسليم لضرر الشركة ولا شركة وفي عكسه لاشفعة في ظاهر الرواية لان التسليم في الكل تسليم في أبعاضه
فصل قال (واذا باع دارا لامقدار ذراع منها في طول الحدد الذي يلي الشفيع فلا شفعة له) لانقطاع الجوار وهذه حيلة وكذا اذا وهب منه هذا المقدار وسلمه اليه

غيره فيد فانه لما كان جواب المسئلة غير مختلف فيما اذا كان قيمتها ألفا أو كثيرا أو أقل كان التقييد بكونها ألفا أو كثيرا غير مفيد قطعاً فان لم يكن مغللاً بناء على اهمامه في بادئ الرأي تقييد الحكم أيضا فلا أقل من كونه مستدركا وان عد السلك مسلكت الدلالة بالاولوية مع كونه أمراً مبهما في هذا المقام كفي أن يقال قيمتها أكثر فان التسليم اذا لم يصح فيما اذا ظهر الثمن أكثر من المسمى فلان لا يصح فيما اذا ظهر أقل منه أو مساوياً له أولى فلا مخلص من استدراك أحد القيد (قوله واذا قيل له ان المشتري فلان فسلم الشفعة ثم علم انه غيره فله الشفعة لتفاوت الجوار) يعني تفاوت الناس في الجوار فالرضا بجوار هذا لا يكون رضاً بجوار ذلك كذا في الكافي قال محمد رحمه الله عليه في الجامع الكبير لو قال الشفيع سلمت شفعة هذه الداران كنت اشترى بهما لنفسك وقد اشترى بها غيره فهذا ليس بتسليم وذلك لان الشفيع علق التسليم بشرط وصح هذا التعليق لان تسليم الشفعة اسقاط محض كالطلاق والعناق فصح تعليقه بالشرط ولا يترك الابعد وجوده اه وقال صاحب العناية ههنا بعد نقل ما قاله محمد في الجامع وهذا كاترى يناقض قول المصنف فيما تقدم ولا يتعلق اسقاطه بالجائز من الشرط فبالفاسد أولى اه ولا يخفى ان كلام صاحب العناية هنا خلاصة النظر الذي أورده الشارح الاتقاني فيما تقدم على قول المصنف ونقلناه عنه وذ كرنا ما يتعلق به من الكلمات هناك وقصد بعض الفضلاء دفع ذلك حيث قال وأنت خير بأنه فرق ما بين شرط وشرط فاسبق كان من الشرط التي تدل على الاعراض عن الشفعة والرضا بالجوار مطلقا بخلاف ما ذكرهنا فانه اذا لم يتيسر للشفيع أداء ما اشترى به الدار لم يبدل تسليمه على الاعراض اذا قدره له على أخذه وكذا تسليمه لم يبدل على الرضا بجوار عمر وفليتأمل اه كلامه (أقول) هذا ليس بسديد لان حاصله جعل الشرط المذكور في كلام المصنف فيما سبق على الشرط الخصوص وهو الشرط الذي يدل على الاعراض وجعل الشرط المذكور في كلام الامام محمد في الجامع على الشرط الخصوص الآخر وهو الشرط الذي لا يدل على الاعراض ولا يخفى على الفطن ان شيئا من كلامهما لا يساعد ذلك أصلاً أما كلام المصنف فلانه قال ولا يتعلق اسقاطه بالجائز من الشرط فبالفاسد أولى ولا شك ان اولوية عدم تعلق اسقاطه بالفاسد من عدم تعلق اسقاطه بالجائز من الشرط انما تظهر اذا كان المراد بالشرط الجائز نفس الشرط الجائز لا الشرط الجائز بخصوص الجوار ان يكون لخصوصه حالة مانعة عن التعليق لم توجد تلك في الفاسد وأما كلام الامام محمد فلانه قال لان تسليم الشفعة اسقاط محض كالطلاق والعناق فصح تعليقه بالشرط ولا يخفى أن ما يتفرع على كون تسليم الشفعة اسقاطا محضاً انما هو صحة تعليقه بالشرط مطلقاً لا صحة تعليقه بشرط معين سيما الشرط الذي لا يدل على الاعراض فان كونه اسقاطاً يقتضي الاعراض دون عدم الاعراض تأمل وتف

فصل لما كانت الشفعة تسقط في بعض الاحوال علم تلك الاحوال في هذا الفصل

اشترى بها غيره فهذا ليس بتسليم وذلك لان الشفيع علق التسليم بشرط وصح هذا التعليق لان تسليم الشفعة اسقاط محض كالطلاق والعناق يصح تعليقه بالشرط فلا يترك الابعد وجوده وهذا كما ترى يناقض قول المصنف رحمه الله فيما تقدم ولا يتعلق اسقاطه بالجائز من الشرط فبالفاسد أولى وقوله (في ظاهر الرواية) احتراز عما روي عن أبي يوسف على عكس هذا لانه قد يتمكن من تحصيل ثمن النصف دون النصف وقد تكون حاجته الى النصف ليست به مرافق مله ولا يحتاج الى الجميع
فصل لما كانت الشفعة تسقط في بعض الاحوال علم تلك الاحوال في هذا الفصل

(قوله وهذا كما ترى يناقض قول المصنف الخ) أقول وأنت خير بأنه فرق ما بين شرط وشرط فاسبق كان من الشرط التي تدل على الاعراض عن الشفعة والرضا بالجوار مطلقا بخلاف ما ذكرهنا فانه اذا لم يتيسر للشفيع أداء ما اشترى به

الدار لم يبدل تسليمه على الاعراض اذا قدره له لأخذه وكذا تسليمه لم يبدل على الرضا بجوار عمر وفليتأمل
فصل واذا باع دارا

لاحتمال أن يكون الجار فاسقا يتأذى به وفي استعمال الحيلة لاسقاط الشفعة تحصيل الخلاص من مثل هذا الجار فاحتج الى بيانه وكلامه واضح وقوله (لما ينال) اشارة الى قوله لا تقطع الجوار وقوله (الآن المشتري في الثاني شريك) لانه حين اشترى الباقي كان شريكا بشراء الجزء الاول واستحقاق الشفعين الجزء الاول لا يبطل شفعة المشتري في الجزء الثاني قبل الخصومة لكونه في ملكه بعد فيتقدم على الجار وقوله (فان اراد الحيلة) هذه حيلة ترجع الى تقليل رغبة الشفعين في الشفعة والاولى ترجع الى ابطال حق الشفعة وقوله (الا اذا استحققت المشفوعة) استثناء من قوله وهذه أخرى يعني أنها (٤٤٩) حيلة قامة الآن فيها وهم وقوع

الضرر على البائع على تقدير ظهور مستحق يستحق الدار لانه يبقى كل الثمن على مشتري الثوب وهو بائع الدار يتضرر به أى يرجوع مشتري الدار عليه بكل الثمن الذي هو أضاعف قيمة الدار وقوله (والا وجه الخ) تقريره اذا اراد أن يبيع الدار بعشرة آلاف درهم يبيعها بعشرين ألفا فلا يرغب في الشفعة ولو استحققت الدار على المشتري لا يرجع المشتري بعشرين ألفا وانما يرجع بما أعطاه لانه اذا استحققت الدار ظهر أنه لم يكن عليه ثمن الدار فيبطل الصرف كالموابع الدينار بالدرهم التي للمشتري على البائع ثم تصادف أنه لم يكن عليه دين فانه يبطل الصرف

لما ينال قال (واذا ابتاع منها سهما يثن ثم ابتاع بقيتها فالشفعة للجار في السهم الاول دون الثاني) لان الشفعين جار فيهما الآن المشتري في الثاني شريك فيتقدم عليه فان اراد الحيلة ابتاع السهم بالثمن الادرهما مثلا والباقي بالباقي وان ابتاعها يثن ثم دفع اليه ثوبا عوضا عنه فالشفعة بالثمن دون الثوب لانه عقدا آخر والثمن هو العوض عن الدار قال رضي الله عنه وهذه حيلة أخرى نعم الجوار والشركة فيباع بأضعاف قيمته ويعطى بها ثوب بقدر قيمته الا أنه لو استحققت المشفوعة يبقى كل الثمن على مشتري الثوب لقيام البيع الثاني فيتضرر به والاوجه أن يباع بالدرهم الثمن دينار حتى اذا استحق المشفوع يبطل الصرف فيجب رد الدينار لا غير

لاحتمال أن يكون الجار فاسقا يتأذى به وفي استعمال الحيلة لاسقاط الشفعة يحصل الخلاص من مثل هذا الجار فاحتج الى بيانه كذا في العناية وغيرها ولما كان يتجه على ظاهر هذا التوجيه ان البائع يخرج المبيع من يده وملكه بالبيع فيحصل به الخلاص له من أذية مثل ذلك الجار الفاسق فلما احتج الى استعمال الحيلة لاسقاط شفته تدارك دفع ذلك بعض الفضلاء حيث قال قول صاحب العناية يتأذى به في قوله لاحتمال أن يكون الجار فاسقا يتأذى به بأن قال في استيفاء الثمن وقال ويجوز أن يقال ذلك فيما اذا كان للبائع دار أخرى وراعه المبيعة فتدبر اه (أقول) الاظهر عندي أن يقال المقصود من اسقاط شفعة مثل ذلك الجار الفاسق الذي يتأذى به دفع تأذي الجيران الملاصقين بالدار المبيعة دون دار ذلك الجار الفاسق لا دفع مجرد تأذي نفس البائع ولا يذهب عليك ان هذه الفائدة مما تحقق في كثير من الصور بخلاف ما ذكره ذلك البعض فتدبر (قوله والاوجه أن يباع بالدرهم الثمن دينار حتى اذا استحق المشفوع يبطل الصرف فيجب رد الدينار لا غير) قال صاحب النهاية وبيان ذلك ما ذكره في شفعة فتاوى قاضيان فقال ومن الحيلة أنه اذا اراد أن يبيع الدار بعشرة آلاف درهم يبيعها بعشرين ألفا ثم يقبض تسعة آلاف وخمسمائة ويقبض الباقي عشرة دنانير أو أقل أو أكثر فلو اراد الشفعين أن يأخذها يأخذها بعشرين ألفا فلا يرغب في الشفعة ولو استحق الدار على المشتري لا يرجع المشتري بعشرين ألفا وانما يرجع بما أعطاه لانه اذا استحققت الدار ظهر أنه لم يكن عليه ثمن الدار فيبطل الصرف كالموابع الدينار بالدرهم التي للمشتري على البائع ثم تصادف أنه لم يكن عليه دين فانه يبطل الصرف اه واقتي أثره صاحب العناية في بيان معنى كلام المصنف هذا بذات المعنى المذكور في فتاوى قاضيان الا أنه لم يتعرض ليكون ذلك مذكورا فيها بل جعله شرحا محض لكلام المصنف حيث قال وقوله والاوجه الخ تقر به اذا اراد أن يبيع الدار بعشرة آلاف درهم الى اخر ما ذكر في النهاية معزى الى فتاوى قاضيان (أقول) لا يذهب على ذي فطنة ان معنى كلام المصنف هذا ليس عين ما ذكر في فتاوى قاضيان وفي الشرحين المزبورين فان معنى كلامه أن يباع بكل الدرهم التي هي الثمن دينار ومعنى ما ذكر فيها

(٥٧ - تكمله سابق) الشفعين الجزء الاول لا يبطل شفعة المشتري في الجزء الثاني قبل الخصومة لكونه في ملكه) أقول قوله قبل متعلق بقوله شفعة والضمير في لكونه راجع الى الجزء الاول والضمير في قوله ملكه راجع الى المشتري (قوله تقر به اذا اراد أن يبيع الدار الخ) أقول أنت خبير بأن ما ذكره ليس تقرير لما في الكتاب بل ذلك التفسير بحيلة أخرى نعم الجار والشريك على ما ذكره الامام الزيلعي وتقرير ما في الكتاب على أن يدفع اليه بدل الدرهم الثمن الدنانير بقدر قيمة العقار فيكون صرفا بما في ذمته من الدرهم ثم اذا استحق العقارين أن لا دين على المشتري فيبطل الصرف الا تراق قبل القبض فيجب رد الدنانير لا غير فليتلأمل

وقوله (ولا تكره الحيلة) اعلم أن الحيلة في هذا الباب إما أن تكون للرفع بعد الوجوب أو لدفعه فالأول مثل أن يقول المشتري للشفيع أنا أوليها لك فلا حاجة لك في الأخذ فيقول نعم تسقط به الشفعة وهو مكروه بالاجماع والثاني مختلف فيه قال بعض المشايخ غير مكروه عند أبي يوسف مكروه عند محمد رحمه الله وهو الذي ذكر في الكتاب وهذا القائل قاس فصل الشفعة على فصل الزكاة ومنهم من قال لا تكره الحيلة لمنع وجوب الشفعة بخلاف وإنما الخلاف في فصل الزكاة

مسائل متفرقة ❦ ذكر مسائل متفرقة في آخر الكتاب كاهو المعهود في ذلك ولم يذكر محمد في الجامع الصغير من مسائل الشفعة الأهم والأفاظه ظاهرة سوى (٤٥٠) مانبه عليه (قوله فيتضرر به) أي بتفريق الصفقة عليه وزيادة الضرر هي زيادة

ضرر التضييق فإن أخذ الملك منه ضرر وضرر التضييق زيادة على ذلك والشفعة شرعت لدفع ضرر الدخيل فلا تنزع على وجه يتضرر به الدخيل ضررًا زائدًا وقوله (ولا فرق في هذا) أي في جواز أخذ الشفيع نصيب أحد المشتريين بينهما إذا كان قبل قبض المشتري

الدارو بعده وقوله (هو الصحيح) احتراز عما رواه القدوري قال روى عنه أن المشتري إذا كان اثنين لم يكن للشفيع أن يأخذ نصيب أحدهما قبل القبض لأن التملك يقع على البائع فتتفرق عليه الصفقة وله أن يأخذ نصيب أحدهما بعد القبض لأن التملك حينئذ يقع على المشتري وقد أخذ منه جميع ملكه

قال (ولا تكره الحيلة في إسقاط الشفعة عند أبي يوسف وتكره عند محمد) لأن الشفعة إنما وجبت لدفع الضرر ولو أخذنا الحيلة ما دفعناه ولا يوجب يوسف أنه منع عن إثبات الحق فلا يبعد ضررًا وعلى هذا الخلاف الحيلة في إسقاط الزكاة

❦ مسائل متفرقة ❦

قال (وإذا اشترى خمسة نفر دار من رجل فالشفيع أن يأخذ نصيب أحدهم وإن اشتراها رجل من خمسة أخذها كلها أو تركها) والفرق أن في الوجه الثاني يأخذ البعض بتفريق الصفقة على المشتري فيتضرر به زيادة الضرر وفي الوجه الأول يقوم الشفيع مقام أحدهم فلا تتفرق الصفقة ولا فرق في هذا بين ما إذا كان قبل القبض أو بعده هو الصحيح الآن قبل القبض لا يمكنه أخذ نصيب أحدهم إذا انعقد ما عليه مالم ينقذ الآخر حصته كيلا يؤدي إلى تفريق البائع بمنزلة أحد المشتريين بخلاف ما بعد القبض لأنه سقطت يد البائع وسواء سمي لكل بعض غنا أو كان الثمن جملة لأن العبرة في هذا لتفريق الصفقة لا الثمن وههنا تفريقات ذكرناها في كفاية المنتهى

أن يقبض بعض غنا ويباع الباقي دنائره وعن هذا قال المصنف فيما إذا استحق المشفوع فوجب رد الدينار لا غير وقالوا نعم لا يرجع المشتري بعشرين ألفًا وإنما يرجع بما أعطاه نعم كلا العينين مشتركان في أن يعا الجوار والشركة وأن لا يتضرر بائع الدار فيها لعدم لزوم رجوع مشتري الدار عليه بكل الثمن عند ظهور من يستحق الدار في شيء منهما فصار أحدهما نظير الآخر في الحيلة لأعينه فلا يصلح أحدهما لأن يكون بيانًا وشرحًا للآخر كما لا يخفى (قوله ولا تكره الحيلة في إسقاط الشفعة عند أبي يوسف رحمه الله وتكره عند محمد رحمه الله) قال في العناية أخذًا من النهاية ومعراج الدراية اعلم أن الحيلة في هذا الباب إما أن تكون للرفع بعد الوجوب أو لدفعه فالأول مثل أن يقول المشتري للشفيع أنا أوليها لك فلا حاجة لك في الأخذ فيقول نعم تسقط به الشفعة وهو مكروه بالاجماع والثاني مختلف فيه قال بعض المشايخ غير مكروه عند أبي يوسف مكروه عند محمد وهو الذي ذكر في الكتاب وهذا القائل قاس فصل الشفعة على فصل الزكاة ومنهم من قال لا تكره الحيلة لمنع وجوب الشفعة بخلاف وإنما الخلاف في فصل الزكاة انتهى (أقول) في هذا التقرير شيء وهو أنه إما أن يراد بالاجماع والاختلاف في قوله وهو مكروه بالاجماع والثاني مختلف فيه إجماع المجتهدين واختلافهم في نفس المسئلة أو إجماع المشايخ واختلافهم في الرواية وأما ما كان لا يخلو التقرير المذكور عن اضطراب أما على الأول

وقوله (بمنزلة أحد المشتريين) يعني أن أحد المشتريين إذا انعقد ما عليه من الثمن ليس له أن يقبض نصيبه من الدار فلان حتى يؤدي كلهم جميع ما عليهم من الثمن لئلا يلزم تفريق البائع (لأن العبرة في هذا لتفريق الصفقة لا الثمن) حتى لو تفرقت الصفقة من الابتداء فيما إذا كان المشتري واحدًا والبائع اثنين واشترى نصيب كل واحد منهما بصفقة على حدة كان للشفيع أن يأخذ نصيب أحدهما وإن طلق المشتري ضرر عيب الشركة لأنه رضى بهذا العيب حيث اشترى كذلك وأما بيان تفريق الصفقة واتحادها فقد تقدم في كتاب البيوع

❦ مسائل متفرقة ❦ (قوله يتضرر به الدخيل ضررًا زائدًا) أقول يعني على الأخذ (قوله فتتفرق عليه الصفقة الخ) أقول وجوابه أن يحبس الجميع إلى أن يستوفي جميع الثمن فلا يؤدي إلى تفريق البائع عليه

(ومن اشترى نصف دار غير مقسوم فقاومه البائع أخذ الشفع النصف الذي صار للشري أو ترك) وليس له أن ينقض القسمة بأن يقول للشري ادفع الى البائع حتى أخذ منه سواء كانت القسمة بحكم أو بغيره (لان القسمة من تمام القبض لما فيه من تكميل الانتفاع ولهذا يتم القبض في الهبة بالقسمة والشفيع لا ينقض القبض) ليعيد الدار الى البائع (وان كان له فيه نفع بعود العهدة الى البائع فكذا لا ينقض ما هو من تمامه بخلاف ما اذا باع أحد الشريكين نصيبه من الدار المشتركة وقاسم المشتري الشريك الذي لم يبيع نصيبه) فان للشفيع نقضه (لان العقد ما وقع مع الذي قاسم) فانه لم يجز بين المتعاقدين (ولم تكن القسمة من تمام القبض الذي هو حكم البيع بل هو تصرف بحكم الملك) فكان مبادلة والشفيع أن ينقض المبادلة كالبيع وغيرها من التصرفات كالهبه (واطلاق الجواب في الكتاب) أي في الجامع الصغير وهو قوله أخذ الشفع النصف الذي صار للشري (يدل على أن الشفع بأخذ النصف الذي صار للشري في أي جانب كان وهو رواية عن أبي يوسف رحمه الله) والباقي ظاهر قال (١٥٥) (وتسليم الأب والوصي الشفعة) قد ذكرنا أن الحل والصغير في استحقاق الشفعة

والصغير في استحقاق الشفعة كالكبير لا ستوائهم في سببه فيقوم بالطلب والاخذ من يقوم مقامه شرعا في استيفاء حقوقه وهو الأب ثم وصيه ثم جده أو أبيه ثم وصيه ثم الوصي الذي نصبه القاضي فان لم يكن أحد هؤلاء فهو على شفيعته اذا أدرك فان ترك هؤلاء الطلب بعد الامكان أو سلم بعد الطلب سقطت (عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمه الله) وقال محمد وزفر رحمه الله هو على شفيعته اذا بلغ قال المشايخ (وعلى هذا الخلاف تسليم الوكيل بطلب الشفعة في رواية كتاب الوكالة) لكن عند أبي حنيفة رحمه الله اذا كان في مجلس القاضي لان الوكيل بطلبها قائم

قال (ومن اشترى نصف دار غير مقسوم فقاومه البائع أخذ الشفع النصف الذي صار للشري أو يدع) لان القسمة من تمام القبض لما فيه من تكميل الانتفاع ولهذا يتم القبض بالقسمة في الهبة والشفيع لا ينقض القبض وان كان له فيه نفع بعود العهدة على البائع فكذا لا ينقض ما هو من تمامه بخلاف ما اذا باع أحد الشريكين نصيبه من الدار المشتركة وقاسم المشتري الذي لم يبيع نصيبه حيث يكون للشفيع نقضه لان العقد ما وقع مع الذي قاسم فلم تكن القسمة من تمام القبض الذي هو حكم العقد بل هو تصرف بحكم الملك فينقضه الشفع كما ينقض بيعه وهبته ثم اطلاق الجواب في الكتاب يدل على أن الشفع بأخذ النصف الذي صار للشري في أي جانب كان وهو المروي عن أبي يوسف لان المشتري لا يملك ابطال حقه بالقسمة وعن أبي حنيفة أنه انما يأخذها اذا وقع في جانب الدار التي يشفع بها لانه لا يبق جارا فيما يقع في الجانب الآخر قال (ومن باع دار وله عبد مآذون عليه دين فله الشفعة وكذا اذا كان العبد هو البائع فلولا الشفعة) لان الأخذ بالشفعة تملك بالثمن فينزل منزلة الشراء وهذا لانه مفيد لانه يتصرف للغير ما بخلاف ما اذا لم يكن عليه دين لانه يبيعه لمولاه ولا شفعة من يبيعه له قال (وتسليم الأب والوصي الشفعة على الصغير جاز عند أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد وزفر رحمه الله هو على شفيعته اذا بلغ) قالوا وعلى هذا الخلاف اذا بلغهما شرعا دار بجوار دار الصبي فلم يطلب الشفعة وعلى هذا الخلاف تسليم الوكيل بطلب الشفعة في رواية كتاب الوكالة وهو الصحيح لمحمد وزفر أنه حق ثابت للصغير فلا يملك ابطاله كدينه وقوده ولانه شرع لدفع الضرر فكان ابطاله اضرازا به ولهما أنه في معنى التجارة فيملك ان تركه ألا ترى أن من أوجب بيعا للصبي صح رده من الأب والوصي

فلان القطع يكون الثاني محتلفا فيه لا يكون تاما حينئذ لان اختلاف الاجتهاد في الثاني انما كان على قول بعض المشايخ من الرواة وأما على قول بعضهم فلا خلاف بين المجتهدين في عدم كراهة الحيلة في هذا الفصل وانما الخلاف بينهم في فصل الزكاة كذا ذكره وأما على الثاني كما هو المتبادر من قوله قال

مقام الموكل في الخصومة ومجلس القاضي وعند أبي يوسف رحمه الله فيه وفي غيره لكونه نائباً عن الموكل مطلقاً وعند محمد وزفر رحمه الله لا يصح منه التسليم أصلاً وقوله (وهو الصحيح) احتراز عما روي أن محمد امع أبي حنيفة في جواز تسليم الوكيل الشفعة خلافاً لأبي يوسف (لمحمد وزفر رحمه الله أنه حق ثابت للصغير فلا يملك ابطاله كدينه) وفي بعض النسخ كدينه بالنون والاول يناسب ما قرن به وهو قوله (وقوده) والثاني يناسب رواية المبسوط لانه قال كالابراه عن الديون والعقود القصاص الواجب له (ولانه شرع لدفع الضرر) وفي ابطاله اضرازا به ولا يبي حنيفة وأبي يوسف رحمه الله أنه في معنى التجارة لانه يملك العين فيملكه بوضعه أنه لو أخذها الولي بالشفعة ثم باعها من بائعه جاز فكذلك اذا سلمها اليه بل أولى لسلامته عن توجه العهدة بخلاف البيع منه ووضعه بقوله (الآ ترى) وهو واضح

(قوله فانه لم يجز بين المتعاقدين) أقول أي المتقاسمين (قوله قد ذكرنا أن الحل الخ) أقول لم يدكر الحل فيما تقدم يعني في باب ما يجب فيه الشفعة (قوله وقال محمد وزفر رحمه الله) أقول خالف الشارح ههنا ترتيب المشروح (قوله قائم مقام الموكل في الخصومة ومجلس القاضي) أقول يعني في محل الخصومة الخ

وقوله (ولانه دائر) دليل اخر

(٤٥٣)

يتضمن الجواب عن الدية والقود لان النظر في هذا قد يكون في تركه ليقى الثمن

على ملكه بخلاف الدية والقود فان تركهما ترك بلا عوض فيكون اضارا به وقوله (وسكونهما كابطالهما) لما كان ماذ كر من الدليل مختصا بالتسليم اُردفه بقوله وسكونهما كابطالهما (لكونه دليل الاعراض وهذا اذا بيعت بمثل قيمتها) أو القين السير من المثل (فان بيعت بأكثر من قيمتها) بفن فاحش (قبل جاز التسليم بالاجماع) يعنى من غير خلاف لحمد وزفر لانه تمحض نظرا وقيل لا يصح بالاتفاق (وهو الاصح) لانه لا يملك الاخذ فلا يملك التسليم (كالاجنبي) فيكون الصبي على حقه اذا بلغ (وان بيعت بأقل من قيمتها بمحابة كثيرة فعن أبي حنيفة لا يصح التسليم) منهما واذا لم يصح عنده لا يصح عند محمد وزفر أيضا لانهم لم يربا تسليها اذا بيعت بمثل الثمن فلا ن لا يربا اذا بيعت بأقل بمحابة كثيرة أولى وانما خص قول أبي حنيفة رحمه الله بالذكر لان المحابة الكثيرة لا يخرجها عن كونها بمعنى التجارة ولهما ولاية الامتناع عن الاتجار في مال الصغير ولكن قال لا يصح التسليم في هذا لان تصرفه مافى

ولانه دائر بين النفع والضرر وقد يكون النظر في تركه ليقى الثمن على ملكه والولاية نظرية فيملكه وسكونهما كابطالهما لكونه دليل الاعراض وهذا اذا بيعت بمثل قيمتها فان بيعت بأكثر من قيمتها بما لا يتغابن الناس فيه قيل جاز التسليم بالاجماع لانه تمحض نظرا وقيل لا يصح بالاتفاق لانه لا يملك الاخذ فلا يملك التسليم كالاجنبي وان بيعت بأقل من قيمتها بمحابة كثيرة فعن أبي حنيفة انه لا يصح التسليم منهما أيضا ولارواية عن أبي يوسف والله اعلم

بعض المشايخ غير مكر وه الخ فلا ن القطع بكون الاول مكر وه لا يصح حينئذ لان شمس الأئمة السرخسي روى عدم كراهة الاحتيال في باب الشفعة على كل حال حيث قال في باب الشفعة بالعروض من المبسوط بعدما ذكر وجوه الحيل والاستعمال بهذه الحيل لا يبطال حق الشفعة لأبأس به أما قبل وجوب الشفعة فلا إشكال فيه وكذلك بعد الوجوب اذا لم يكن قصد المشتري الاضرار به وانما قصد الدفع عن ملك نفسه ثم قال وقيل هذا قول أبي يوسف وأما عند محمد فيكره ذلك على قياس اختلافهم في الاحتيال لاسقاط الاستبراء للمنع من وجوب الزكاة انتهى قال الامام قاضيان في فتاواه ذكر محمد درجة الله عليه في الاصل الحيلة في اسقاط الشفعة ولم يذكر الكراهة قالوا على قول أبي يوسف لا تكرهه وعلى قول محمد تكرهه وهذا بمنزلة الحيلة للمنع وجوب الزكاة ومنع الاستبراء على قول أبي يوسف لا تكرهه وقال بعض المشايخ تكره الحيلة لاسقاط الشفعة بعد الوجوب لانه احتيال لا يبطال حق واجب وقيل الوجوب ان كان الجار فاسقا يتأذى منه فلا بأس به وقال الشيخ الامام شمس الأئمة السرخسي لا بأس بالاحتتيال لا يبطال حق الشفعة على كل حال أما قبل وجوب الشفعة فلا شك كالوزن ا كسب المال للمنع وجوب الزكاة وبعد وجوب الشفعة لا يكره الاحتيال أيضا لانه احتيال لدفع الضرر عن نفسه لا لاضرار بالغير فظاهر ماذ كسر في الكتاب دليل على هذا الى هنا لفظ فتاوى قاضيان

م

تم الجزء السابع من تكملة فتح القدير ويليه الجزء الثامن وأوله كتاب القسمة

ماله انما يكون بالتى هي أحسن وليس تركها ههنا كذلك ولهذا المعنى أيضا خص قول أبي يوسف بقوله (ولارواية عن أبي يوسف) لانه كان مع أبي حنيفة في صحة التسليم فيما اذا بيعت بمثل قيمتها والله اعلم بالصواب

فهرست الجزء السابع من نتائج الافكار تكملة فتح القدير

صفحة	صفحة
باب فسخ الاجارة ٢١٩	باب اقرار المريض ٢
مسائل منسوبة ٢٢٤	فصل في بيان الاقرار بالنسب ١٣
(كتاب المكاتب) ٢٢٥	(كتاب الصلح) ٢٢
فصل في الكتابة الفاسدة ٢٣٤	فصل والصلح جائز عن دعوى الاموال الخ ٣٠
باب ما يجوز للمكاتب أن يفعله ٢٤٢	باب التبرع بالصلح والتوكيل به ٣٨
فصل واذا اشترى المكاتب أباه أو ابنه الخ ٢٤٩	باب الصلح في الدين ٤٠
فصل واذا ولدت المكاتبه من المولى الخ ٢٥٣	فصل في الدين المشترك ٤٦
باب من يكاتب عن العبد ٢٦١	فصل في التخارج ٥٢
باب كتابة العبد المشترك ٢٦٣	(كتاب المضاربة) ٥٧
باب موت المكاتب وعمره وموت المولى ٢٧٠	باب المضارب يضارب ٧٠
(كتاب الولاء) ٢٨٠	فصل واذا شرط المضارب لرب المال ثلث الربح الخ ٧٣
فصل في ولاء الموالاة ٢٨٨	فصل في العزل والقسمه ٧٤
(كتاب الاكراه) ٢٩٢	فصل فيما يفعله المضارب ٧٨
فصل وان أكره على أن يأكل الميتة أو يشرب الخمر الخ ٢٩٧	فصل آخر ٨٣
يشرب الخمر الخ ٢٩٧	فصل في الاختلاف ٨٦
(كتاب الحجر) ٣٠٩	(كتاب الوديعة) ٨٨
باب الحجر للفساد ٣١٤	(كتاب العارية) ٩٩
باب الحجر بسبب الدين ٣٢٤	(كتاب الهبة) ١١٣
(كتاب المأذون) ٣٣٢	باب الرجوع في الهبة ١٢٩
فصل واذا أذن ولي الصبي للصبي في التجارة الخ ٣٥٧	فصل ومن وهب جارية الاصلها الخ ١٣٩
(كتاب الغصب) ٣٦٠	(كتاب الاجارات) ١٤٥
فصل فيما يتغير بمثل الغاصب ٣٧٥	باب الأجور متى يستحق ١٥٢
فصل ومن غصب عينا فغيبها الخ ٣٨٦	فصل ومن استأجر رجلا لينهب الى البصرة الخ ١٦٣
فصل في غصب ما لا يتقوم فيها ٣٩٧	باب ما يجوز من الاجارة وما يكون خلافا ١٦٤
(كتاب الشفعة) ٤٠٥	باب ما يجوز من الاجارة وما يكون خلافا فيها ١٦٤
باب طلب الشفعة والخصومة فيها ٤١٨	باب الاجارة الفاسدة ١٧٤
فصل في مسائل الاختلاف ٤٢٤	باب ضمان الأجير ١٩٩
فصل فيما يؤخذ به المشفوع ٤٢٧	باب الاجارة على أحد الشرطين ٢٠٨
فصل واذا اشترى فيها أو غرس الخ ٤٣٠	باب اجارة العبد ٢١٣
	باب الاختلاف في الاجارة ٢١٨

صيفة

باب ما تجب فيه الشفعة وما لا تجب ٤٣٥

باب ما يبطل به الشفعة ٤٤٣

صيفة

فصل واذا باع دارا الامقدار ذراع منها الخ ٤٤٨

مسائل متفرقة ٤٥٠

و غت